



Tribunal de Justiça do Estado do Ceará

**Revista de Jurisprudência
do Tribunal de Justiça do Ceará**

Volume 29

Revista de Jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará
Volume 29.2009

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:

Desa. Edite Bringel Olinda Alencar - Presidente

Des. José Mário Dos Martins Coelho

Des. Francisco de Assis Filgueira Mendes

Suplentes:

Des. Fernando Luiz Ximenes Rocha

Desa. Maria Iracema do Vale Holanda

Desa. Maria Sirene de Souza Sobreira

Tiragem da Edição: 500 exemplares

Expediente:

Coordenação:

Desa. Edite Bringel Olinda Alencar

Normalização:

Divisão de Biblioteca do Departamento de Gestão de Documentos do TJCE

Revisão

Comissão de Jurisprudência e Biblioteca

Diagramação , Impressão e Arte Gráfica:

Parque Gráfico do Departamento de Gestão de Documentos do TJCE

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

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 Gov. Virgílio Távora
Gal. Afonso Albuquerque de Lima S/N - Cambéa - Fortaleza - CE
CEP: 60.830-120 Fone: (85) 3216.2850
www.tjce.jus.br
e-mail: biblioteca@tjce.jus.br

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO CEARÁ

Presidente

Desembargador Ernani Barreira Porto

Vice-Presidente

Desembargador José Arísio Lopes da Costa

Corregedor Geral da Justiça

Desembargador João Byron de Figueirêdo Frota

TRIBUNAL PLENO

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

Desembargador Ernani Barreira Porto
Desembargador Francisco Haroldo Rodrigues de Albuquerque
Desembargador Fernando Luiz Ximenes Rocha
Desembargador Rômulo Moreira de Deus
Desembargadora Gizela Nunes da Costa
Desembargador José Arísio Lopes da Costa
Desembargador Luiz Gerardo de Pontes Brígido
Desembargador João Byron de Figueirêdo Frota
Desembargador Ademar Mendes Bezerra
Desembargadora Edite Bringel Olinda Alencar
Desembargadora Maria Iracema do Vale Holanda
Desembargador José Mário Dos Martins Coelho
Desembargadora Maria Sirene de Souza Sobreira
Desembargador Raimundo Eymard Ribeiro de Amoreira
Desembargador Antônio Abelardo Benevides Moraes
Desembargador Francisco de Assis Filgueira Mendes
Desembargador Lincoln Tavares Dantas
Desembargador Celso Albuquerque Macêdo
Desembargador Francisco Lincoln Araújo e Silva
Desembargador Francisco Sales Neto
Desembargador Raul Araújo Filho
Desembargadora Maria Estela Aragão Brilhante
Desembargador Francisco Gurgel Holanda
Desembargadora Maria Náilde Pinheiro Nogueira

**COMPOSIÇÃO DAS CÂMARAS
CÂMARAS CÍVEIS REUNIDAS**

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

Desembargador Fernando Luiz Ximenes Rocha - Presidente
Desembargador Rômulo Moreira de Deus
Desembargadora Gizela Nunes da Costa
Desembargador Ademar Mendes Bezerra
Desembargadora Edite Bringel Olinda Alencar
Desembargadora Maria Iracema do Vale Holanda
Desembargador José Mário Dos Martins Coelho
Desembargador Antônio Abelardo Benevides Moraes
Desembargador Francisco de Assis Filgueira Mendes
Desembargador Lincoln Tavares Dantas
Desembargador Celso Albuquerque Macêdo
Desembargador Francisco Lincoln Araújo e Silva
Desembargador Francisco Sales Neto
Desembargador Raul Araújo Filho
Desembargadora Maria Náilde Pinheiro Nogueira

1ª CÂMARA CÍVEL

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

Desembargador Fernando Luiz Ximenes Rocha – Presidente
Desembargador José Mário Dos Martins Coelho
Desembargador Francisco Sales Neto
Desembargador Raul Araújo Filho

2ª CÂMARA CÍVEL

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

Desembargadora Gizela Nunes da Costa – Presidente
Desembargador Ademar Mendes Bezerra
Desembargador Francisco de Assis Filgueira Mendes
Desembargadora Maria Náilde Pinheiro Nogueira

3ª CÂMARA CÍVEL

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

Desembargador Rômulo Moreira de Deus – Presidente
Desembargadora Edite Bringel Olinda Alencar
Desembargador Antônio Abelardo Benevides Moraes
Desembargador Celso Albuquerque Macêdo

4ª CÂMARA CÍVEL

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

Desembargadora Maria Iracema do Vale Holanda – Presidente
Desembargador Lincoln Tavares Dantas
Desembargador Francisco Lincoln Araújo e Silva

CÂMARAS CRIMINAIS REUNIDAS

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

Desembargador Francisco Haroldo Rodrigues de Albuquerque
Desembargador Luiz Gerardo de Pontes Brígido
Desembargadora Maria Sirene de Souza Sobreira
Desembargador Raimundo Eymard Ribeiro de Amoreira
Desembargadora Maria Estela Aragão Brilhante
Desembargador Francisco Gurgel Holanda

1ª CÂMARA CRIMINAL

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

Desembargador Francisco Haroldo Rodrigues de Albuquerque – Presidente
Desembargador Luiz Gerardo de Pontes Brígido

2ª CÂMARA CRIMINAL

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

Desembargadora Maria Sirene de Souza Sobreira – Presidente
Desembargador Raimundo Eymard Ribeiro de Amoreira
Desembargadora Maria Estela Aragão Brilhante
Desembargador Francisco Gurgel Holanda

Sumário

Composição do Tribunal Pleno.....	3
Composição das Câmaras.....	4/5

Jurisprudência Cível

Apelação Cível.....	13/167
Agravo de Instrumento.....	171/177
Agravo Regimental.....	181/193
Ação Rescisória.....	197/217
Mandado de Segurança.....	221/257

Jurisprudência Criminal


Agravo em Execução.....	263/265
Apelação Crime.....	269/293
Desaforamento.....	297/301
Habeas Corpus Crime.....	305/311
Perda de Patente.....	315/323
Recurso Crime Em Sentido Restrito.....	327/329
Revisão Criminal.....	333/335

Discurso

Discurso de Posse do Desembargador Ernani Barreira Porto como Presidente do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará.....	339/347
--	---------

Índice Alfabético.....	349/354
------------------------	---------

Jurisprudência Cível

A decorative flourish consisting of a thick, wavy line that tapers at both ends, rendered in a fine-line, hatched style.

Apelação Cível

TIPOS DO PROCESSO: APELAÇÃO CIVEL

PROCESSO nº: 2000.0092.3161-8/1 – (AÇÃO DE BUSCA E APREENSÃO)

apenso ao PROCESSO nº: 2000.0140.4081-7/1 - (AÇÃO REVISIONAL - VEÍCULO)

ORIGEM: FORTALEZA

APELANTE - BANCO GENERAL MOTORS S/A

APELADA - IRINEIA DE OLIVEIRA ERNESTO

RELATOR - Des. ERNANI BARREIRA PORTO

EMENTA: PROCESSO CIVIL – AÇÃO REVISIONAL DE CONTRATO DE VEÍCULO E AÇÃO DE BUSCA E APREENSÃO. OCORRÊNCIA DE CONEXÃO ENTRE REFERIDAS AÇÕES: CAUSA DE PEDIR REMOTA SOBRE MESMO CONTRATO DE FINANCIAMENTO. COMPULSORIEDADE DA CONEXÃO. PRECEDENTES JURISPRUDENCIAIS.

1. CONTRATUAL. MÚTUO BANCÁRIO. CONSUMIDOR. LIMITAÇÃO DE JUROS A 12% AO ANO. NÃO APLICAÇÃO. SÚMULA 648 STF. VEDAÇÃO DO ANATOCISMO. IMPOSSIBILIDADE DE CUMULAÇÃO DE COMISSÃO DE PERMANÊNCIA COM CORREÇÃO MONETÁRIA.

2. BUSCA E APREENSÃO: SEM OBJETO, EM FACE DO CONTRATO DE VEÍCULO ENCONTRAR-SE *SUB JUDICE*, SEM ENSEJAR A CARACTERIZAÇÃO DE MORA.

I - Aplicação do CDC nas relações jurídicas bancárias. Súmula 297 do STJ.

II - Cobrança de juros e demais encargos em valores superiores a 12 % ao ano. Possibilidade. Revogação do art. 192, § 3º da CF/88 pela Emenda Constitucional 40/2003. Súmula 648 do STF.

III – Juros remuneratórios. A taxa, livre e previamente pactuada entre as partes, deve ser respeitada, somente sendo possível sua alteração, por manifesta abusividade, em face da cobrança excessiva, em relação às taxas rotineiramente praticadas pelo mercado.

IV - Juros moratórios. Súmula 285 do STJ. Aplicação do CDC (2% a.a.).

V - Capitalização dos juros. Impossibilidade. Aplicação da Súmula 121 do STF e 297 do STJ.

VI - Comissão de Permanência e cumulação com correção monetária. Impossibilidade. Súmula 30 do STJ: “A comissão de permanência e a correção monetária são inacumuláveis”.- Precedentes dos Tribunais Superiores.

-Apelação na Ação Revisional conhecida e parcialmente provida.

-Apelação na Ação de Busca e Apreensão conhecida e não provida.

Vistos, relatados e discutidos estes recursos de Apelação Cível de Fortaleza, em que são partes as pessoas acima indicadas.

A C O R D A M os Desembargadores integrantes da 1ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, unanimemente, em conhecer dos recursos, a um, dando-lhe parcial provimento, e ao outro, negando provimento, ambos nos termos do voto da relatoria.

RELATÓRIO

Cuidam os presentes autos de recursos de Apelação Cível interpostos pelo BANCO GENERAL MOTORS S/A, contra sentenças, proferidas nos autos da AÇÃO REVISIONAL DE CONTRATO e da AÇÃO DE BUSCA E APREENSÃO, ajuizadas pelas partes, acima identificadas, que tramitaram na 10ª Vara Cível da Comarca de Fortaleza.

Na decisão da Ação Revisonal (fls. 95/100), o magistrado da instância singela julgou parcialmente procedente a mencionada ação, para que o instrumento de financiamento seja recalculado, passando a observar taxa mensal de juros adotada no contrato em regime de juros simples, afastando-se a capitalização de juros (anatocismo), em período anterior a 1(um) ano; seja observado o percentual de 2% sobre o valor das prestações em atraso; seja expurgada a cumulação da comissão de permanência com a correção monetária; finalmente seja procedida a compensação entre os valores ilegais pagos anteriormente pela autor e o eventual saldo devedor a apurar, na forma simples em favor do promovente. Custas e honorários advocatícios em 15% (quinze por cento) sobre o valor a ser apurado em posterior liquidação de sentença. A AÇÃO DE BUSCA E APREENSÃO, julgou-a improcedente e isentou dos ônus dos

honorários (vide fls.25/30)

As razões dos recursos, respectivamente, foram apresentadas às fls. 102/113 e 117/124. Contra-razões, às fls. 130/134 e 40/47. Nestas condições, aportaram os referidos autos no Pretório local, para exame e julgamento.

É o relatório.

À Douta Revisão.

Fortaleza, 26 de Setembro de 2007

D E C I D O

A questão gravita sobre a possibilidade do Judiciário poder ou não revisar contratos bancários, sobre a abusividade ou não de certas cláusulas inseridas em instrumentos que tais.

Cinge-se, igualmente, na busca do equilíbrio entre os seguintes princípios em colisão: o princípio da autonomia da vontade e da *pacta sunt servanda* de um lado e do outro, o princípio da proteção ao hipossuficiente e da isonomia nas relações contratuais (art. 122 do NCCB).

Entendo ser possível ao Judiciário sindicarem contratos desta natureza, não somente em virtude da aplicação do Código de Defesa do Consumidor, em tais tipos de pactos, mas também pelo fato de se constituírem em típicos contratos de adesão.

Ora, estas espécies contratuais contém cláusulas previamente impressas e uniformes para todos os clientes. Neles são deixados apenas alguns “claros” para o preenchimento, destinados ao nome, fixação do prazo de pagamento, valor mutuado, juros, comissões, penalidades, entre outros.

Neste sentido, é oportuno trazer à lume os ensinamentos do saudoso e mestre ORLANDO GOMES, onde este define “contrato de adesão” como:

“o negócio jurídico no qual a participação de um dos sujeitos sucede pela aceitação em bloco de uma série de cláusulas formuladas antecipadamente, de modo geral e abstrato, pela outra parte, para constituir o conteúdo normativo e obrigacional de futuras relações concretas” (in Contrato de adesão, Ed. RT, SP, 1972, p. 3).

Para que não parem dúvidas quanto aos diversos pontos desenvolvidos pelas partes seja no leito processual inicial, ou seja, na fase recursal,

são analisadas aqui – item a item – os casos que envolvem a análise de cláusulas de contratos bancários.

I - APLICAÇÃO DO CDC NAS RELAÇÕES JURÍDICAS BANCÁRIAS. SÚMULA 297 DO STJ.

O E. Superior Tribunal de Justiça, dispõe em sua:

“Súmula 297 - O Código de Defesa do Consumidor é aplicável às instituições financeiras”.

No mesmo sentido inclinou-se a lição do Prof. ARNALDO RIZZARDO, Desembargador do TJRS, e autor (da já clássica) obra “Contratos de Crédito Bancário”:

“Evidente que há relação de consumo no fornecimento do crédito, onde o princípio da autonomia da vontade fica reduzido à mera aceitação do conteúdo do contrato. Daí, sem dúvida, enquadrar-se como hipossuficiente o aderente, posto que obrigado a aceitar cláusulas aleatórias, abusivas, unilaterais” (ob. cit., Ed. RT, 6ª. Ed., SP, 2003, p. 24).

O C. Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, por seu turno, através desta R. 1ª Câmara Cível também firmou tal entendimento, na Apelação Cível nº 2001.0001.1355-6/0, conforme se lê abaixo:

“EMENTA: CIVIL - PROCESSUAL - REVISIONAL - CONTRATO BANCÁRIO - ABERTURA DE CRÉDITO EM CONTA CORRENTE - CONSUMIDOR - FIXAÇÃO DE JUROS - CAPITALIZAÇÃO - COMISSÃO DE PERMANÊNCIA - CORREÇÃO MONETÁRIA”.

1. É cediço que aos serviços bancários, entre os quais o de mútuo, aplicam-se as disposições do vigente CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR.”(Relator o eminente Des. José Arisio Lopes da Costa - DJ de 06.02.2004).

Na verdade, observa-se, hoje, que o liberalismo que colocava a

vontade das partes, como centro de todos os acordos, perdeu seu exacerbado poder, dando lugar a uma nova dinâmica à liberdade de contratação, sob o pálio dos modernos princípios de ordem pública e de modo especial ao moderno Código do Consumidor.

Destarte, de início, deve ser aplicado o CDC e suas normas nos contratos bancários. Mas tal observação deve ser feita também com criterioso cuidado. Com efeito, em virtude do princípio da *lex specialis derogat generalis* (a lei mais específica derroga a geral), em certos itens, poder-se-ão – também – aplicar normas mais específicas, como tais a Lei n. 4.595/64 (Lei que regulamenta o Sistema Financeiro), Dec. 22.626/33 (Lei de usura) e MP n. 2.170-36/2001.

Mesmo nesta hipótese, contudo, mister ser dado maior valor à interpretação sistemática, que considera o conjunto de regras em um único contexto (o do CDC), que a um isolado atendimento ao princípio da especialidade.

E, acima de tudo, deverá aplicar-se sempre e em qualquer caso, quando cabível, a Constituição Federal, em virtude do princípio da supremacia da Constituição. Explica-se: como no caso se vislumbra a chamada colisão de direitos, deverá aplicar-se, como fator de ponderação, o princípio da proporcionalidade, utilizado sobremaneira pelo STF, na aplicação do chamado controle de constitucionalidade.

Desta forma, correto os fundamentos da sentença, que motivou sua decisão com base no CDC (Código de Defesa do Consumidor), a teor da Súmula 297 do STJ.

II. COBRANÇA DE JUROS E DEMAIS ENCARGOS EM VALORES SUPERIORES A 12 % AO ANO. POSSIBILIDADE. REVOGAÇÃO DO ART. 192, § 3º DA CF/88 (EC 40/2003. SÚMULA 648 DO STF).

De início, cumpre ressaltar da possibilidade das instituições bancárias cobrarem, em seus contratos, encargos creditícios, incluídos aí os juros, em valores superiores a 12 % ao ano. Isto porque, desde 2003, com o advento da Emenda Constitucional nº 40, foi revogado o § 3º do art. 192 que previa a limitação das “taxas de juros reais, nelas incluídas comissões e quaisquer outras remunerações direta ou indiretamente referidas à concessão de crédito”, até o limite de 12 % ao ano.

E, mesmo que o contrato tivesse sido assinado antes da EC 40, ainda

na vigência do art. 192, § 3º da Constituição, tal dispositivo não era auto-aplicável, em virtude de que nunca foi editada Lei Complementar que o regulamentasse e lhe possibilitasse substância à aplicação em contratos que tais. Neste sentido, foi editada a Súmula 648 do STF, que assim dispõe:

“SÚMULA 648 – STF: A norma do § 3º do art. 192 da Constituição, revogada pela EC 40/2003, que limitava a taxa de juros reais a 12% ao ano, TINHA sua aplicabilidade condicionada à edição de lei complementar”.

Isto não significa dizer, porém, que o céu é o limite, vale dizer, que com tal entendimento ficam as instituições financeiras inteiramente livres de estipularem os juros e demais encargos bancários que quiserem, desde que previstos no contrato.

Como veremos, em tais espécies de contrato - contratos de adesão - aplicar-se-ão o Código de Defesa do Consumidor, e o Poder Judiciário deverá sempre coibir eventuais excessos de uma parte em detrimento da outra, a evitar lucros excessivos ou cláusulas onerosas demais.

III. JUROS REMUNERATÓRIOS.

Desde o advento da Constituição Federal a questão da limitação dos juros remuneratórios foi calorosamente debatida. A discussão sobre a auto-aplicabilidade da regra constitucional, restou superada com a revogação do art. 192, § 3º, da Carta Magna.

O Excelso Supremo Tribunal Federal - STF - sobre a matéria, assentou seu lúcido entendimento através da súmula 648, acima transcrita, na qual além de referir-se à revogação do § 3º do art 192 da CF/88, se reporta sobre a aplicabilidade condicionada à edição de Lei Complementar.

Por seu turno, a Lei nº 4.595/64 – recepcionada pela CF/88, como lei complementar – regulamentou o funcionamento do Sistema Financeiro Nacional. Nele, a atribuição de limitar os juros a serem cobrados pelo mercado, foi conferido ao Conselho Monetário Nacional, conforme se pode ler no seu art. 4º, IX:

“art. 4º - ...

IX – limitar, sempre que necessário, as taxas de juros, descontos, comissões e qualquer outra forma de remuneração de operações e serviços bancários ou financeiros.”

A Suprema Corte do Brasil, por seu turno, assim já disciplinara em sua:

“Súmula nº 596 – As disposições do Decreto nº 22.626/33 não se aplicam às taxas de juros e aos outros encargos cobrados nas operações realizadas por instituições públicas e privadas que integrem o sistema financeiro nacional.”

Diante da evidência desses elementos dispositivos está definitivamente consolidado o entendimento de que as regras da Lei de Usura (Dec. 22.626/33) não se aplicam aos contratos celebrados pelas instituições integrantes do Sistema Financeiro Nacional (Lei nº 4.595/64). Desta regra geral somente se constituem exceções legais, aqueles pactos relativos a créditos privilegiados (cédulas de crédito rural, comercial e industrial).

O Conselho Monetário Nacional, por sua vez, não tem fixado as taxas máximas para as operações de crédito (contidas na regra geral), deixando a fixação dos juros, para a livre negociação das partes.

Em tese, o mutuário até poderia – na negociação – estar numa posição inferior. Contudo, além dele dispor de um largo espectro de opções no mercado, não se pode olvidar que o CDC é o seu permanente escudo contra eventuais abusos do banco mutuante. Neste sentido leiam-se, como exemplo, as decisões abaixo:

EMENTA. DIREITO COMERCIAL EMPRÉSTIMO BANCÁRIO. JUROS RENUMERATÓRIOS. OS NEGÓCIOS BANCÁRIOS ESTÃO SUJEITOS AO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR, INCLUSIVE QUANTO AOS JUROS REMUNERATÓRIOS; A ABUSIVIDADE DESTES, TODAVIA, SÓ PODE SER DECLARADA, CASO A CASO, À VISTA DE TAXA QUE COMPROVADAMENTE DISCREPE DE MODO SUBSTANCIAL, DA MÉDIA DO MERCADO NA PRAÇA DE EMPRÉSTIMO, SALVO SE JUSTIFICADA PELO RISCO DA

OPERAÇÃO. STJ, RESP 291575/RS; RELATOR(A) MINISTRO RUY ROSADO DE AGUIAR, ÓRGÃO JULGADOR: S2-SEGUNDA SEÇÃO; DATA DO JULGAMENTO:26/032003.

EMENTA. CIVIL E PROCESSUAL. CONTRATOS DE ABERTURA DE CRÉDITOS ROTATIVOS. AÇÕES REVISIONAL E DE COBRANÇA. CONEXÃO. PREQUESTIONAMENTO. AUSÊNCIA. MATÉRIA DE FATO. REEXAME. IMPOSSIBILIDADE. JUROS REMUNERATÓRIOS.

LIMITAÇÃO (12% A.A). LEI DE USURA (DECRETO N. 22626/33). NÃO INCIDÊNCIA. APLICAÇÃO DA LEI N. 4.595/64. DISCIPLINAMENTO LEGISLATIVO POSTERIOR. SÚMULA 596 DO STF. INEXISTÊNCIA DE ONEROSIDADE EXCESSIVA. CAPITULAÇÃO MENSAL DOS JUROS. VEDAÇÃO. LEI DE USURA (DECRETO N.22626/33). SÚMULA N. 121 DO STF. COMISSÃO DE PERMANÊNCIA. LEGITIMIDADE. PERÍODO DA INADIMPLÊNCIA. LIMITE.

I. IDENTIFICADA CONEXÃO ENTRE AS AÇÕES REVISIONAL E DE COBRANÇA INTENTADAS RECIPROCAMENTE PELAS PARTES A FUNDAMENTAÇÃO DO RECORRENTE ALUSIVA À DISTINÇÃO ENTRE AS CONTAS CORRENTE DO RECORRIDO, A PAR DE NÃO PREQUESTIONADA NO ACÓRDÃO, EXIGIRIA, CASO FOSSE REEXAME DE MATÉRIA FÁTICA, INCOMPORTÁVEL EM SEDE ESPECIAL AO TEOR DA SÚMULA N. 7 DO STJ.

II. NÃO SE APLICA A LIMITAÇÃO DE JUROS REMUNERATÓRIOS DE 12% A.A., PREVISTA NA LEI DE USURA, AOS CONTRATOS BANCÁRIOS NÃO NORMATIZADOS EM LEIS ESPECIAIS, SEQUER CONSIDERADAS EXCESSIVAMENTE ONEROSAS A TAXA, MÉDIA DO MERCADO. PRECEDENTE UNIFORMIZADO DA 2ª SEÇÃO DO STJ.

III. NOS CONTRATOS FIRMADOS POR INSTITUIÇÕES INTEGRANTES DO SISTEMA FINANCEIRO NACIONAL,

AINDA QUE EXPRESSAMENTE PACTUADA, É VEDADA A CAPITALIZAÇÃO MENSAL DOS JUROS, SOMENTE ADMITIDA NOS CASOS PREVISTOS EM LEI, HIPÓTESE DIVERSA DOS AUTOS. INCIDÊNCIA DO ART. 4º DO DECRETO N. 22.626/33 E DA SÚMULA N. 121 STF.

IV. SEGUNDO O ENTENDIMENTO PACIFICADO NA EGRÉGIA SEGUNDA SEÇÃO (RESP N. 271.214/RS, REL. P/ ACÓRDÃO MIN. CARLOS ALBERTO MENEZES DIREITO, POR MAIORIA, DJU DE 04.08.2003), OS JUROS REMUNERATÓRIOS SERÃO DEVIDOS ATÉ O ADVENTO DA MORA, QUANDO PODERÃO SER SUBSTITUÍDOS PELA COMISSÃO DE PERMANÊNCIA, CALCULADA PELA VARIAÇÃO DA TAXA MÉDIA DO MERCADO, SEGUNDO AS NOMAS DO BANCO CENTRAL, LIMITADAS AOS VALORES DOS ENCARGOS DO PERÍODO DE VIGÊNCIA DO CONTRATO, ACRESCIDAS DOS ENCARGOS DE INADIMPLÊNCIA E OBSERVADO O TEOR DA SÚMULA N. 30-STJ.

V. RECURSO ESPECIAL CONHECIDO EM PARTE E NESSA PARTE, PARCIALMENTE PROVIDO. RESP 627511/GO; RELATOR(A) MINISTRO ALDIR PASSARINHO JUNIOR, ORGÃO JULGADOR T4- QUARTA TURMA, DATA DO JULGAMENTO 13/12 2005, DJ 06.03.2006 P. 393.

CONTRATOS BANCÁRIOS. ABERTURA DE CRÉDITO. TAXA DE JUROS. APLICAÇÃO DO CDC. ABUSIVIDADE DECLARADA, UMA VEZ QUE SUPERIOR À DE 12% AO ANO. INADIMISSIBILIDADE. 1. NA INSTÂNCIA ESPECIAL É INEXISTENTE RECURSO INTERPOSTO POR ADVOGADO SEM PROCURAÇÃO NOS AUTOS (SÚMULA Nº 115-STJ). 2. O SIMPLES FATO DE O CONTRATO ESTIPULAR A TAXA DE JUROS REMUNERATÓRIOS ACIMA DE 12% A.A NÃO SIGNIFICA, POR SI SÓ, VANTAGEM EXAGERADA OU ABUSIVIDADE. NECESSIDADE QUE SE EVIDENCIE EM CADA CASO, O ABUSO ALEGADO POR PARTE DA INSTITUIÇÃO FINANCEIRA. RECURSO ESPECIAL DO

“BANRISUL” NÃO CONHECIDO; RESP DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL CONHECIDO E PROVIDO. (RESP. 512991/RS, 4ª TURMA, MIN. BARROS MONTEIRO; DJU 24/11/2003).

AÇÃO MONITÓRIA. CONTRATO DE CRÉDITO ROTATIVO. JUROS, CAPITALIZAÇÃO, MULTA CONTRATUAL, COMISSÃO DE PERMANÊNCIA. PRECEDENTES DA CORTE. 1. A SEGUNDA SECÃO JÁ ASSENTOU QUE OS JUROS REMUNERATÓRIOS EM CONTRATO DA ESPÉCIE NÃO SÃO LIMITADOS. 2. É VEDADA A CAPITALIZAÇÃO DOS JUROS SEJAM ELES REMUNERATÓRIOS SEJAM ELES MORATÓRIOS. 3. NÃO HÁ IMPEDIMENTO DA COBRANÇA CUMULATIVA DA COMISSÃO DE PERMANÊNCIA COMA MULTA CONTRATUAL. 4. SENDO A LEI QUE REDUZIU A MULTA DE 12% PARA 2% POSTERIOR AO CONTRATO, NÃO INCIDE NO CASO. 5. RECURSO ESPECIAL CONHECIDO E PROVIDO, EM PARTE. (RESP. 491838/SC; RECURSO ESPECIAL 2002/0172290-9; 3ª T.; REL. MIN. CARLOS ALBERTO MENEZES DIREITO; FONTE DJ DATA 24/11/2003.

Neste contexto, portanto, é que deve ser desenvolvido o princípio da liberdade das partes na fixação dos juros remuneratórios. Destarte, não se justifica a intervenção do Poder Judiciário, em casos que tais, para alteração de taxas negociadas, a não ser naqueles em que ficar provado manifesto vício de consentimento ou a fixação de taxa além da praticada – rotineiramente – no mercado, de abusividade incontestada.

Impõe ao consumidor, previamente, a obrigação de refletir sobre o custo da operação que deseja contratar e cientificar-se que as regras do Código de Defesa do Consumidor, somente viabilizam a revisão de cláusulas contratuais, em situações especiais, entre elas a das hipóteses previstas no seu art. 51, senão vejamos:

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

...

IV – estabeleçam obrigações consideradas iníquas, abusivas, que

coloquem o consumidor em desvantagem exagerada, ou sejam incompatíveis com a boa-fé ou a equidade.

Assim, não é qualquer taxa, ainda que considerada elevada, que autoriza a aplicação desta regra do CDC. É necessário que existam prestações desproporcionais ou que ocorram fatos supervenientes que as tornem excessivamente onerosas.

A abusividade alegada pela parte – neste caso – não parece enquadrar-se na hipótese legal, até porque o mesmo teve oportunidade de livre e previamente conhecer o percentual da taxa negociada, e bem avaliar a quantia e o número das prestações de seu financiamento.

Ora, como se sabe, no segundo grau de jurisdição, não se pode mais realizar dilação probatória, pois tal fase é adstrita ao primeiro grau. Entretanto, isto não impede a análise da legalidade e/ou constitucionalidade de suas cláusulas, quando consonante com a previsão legal.

Se a abusividade, neste caso, estivesse contida na exceção legal, decerto o Poder Judiciário não ficaria omissa, porquanto possível a aplicação do princípio da proporcionalidade, conforme se pode ler no trecho do voto do Ministro ANTÔNIO DE PÁDUA RIBEIRO, do E. Superior Tribunal de Justiça, no REsp 407097 - ES:

“O Código de Defesa do Consumidor, por meio dos artigos 6.º, inciso V, 39, inciso V, 51, inciso IV, e 52, possibilita que o Judiciário defina regras de equidade para implantar ou restabelecer o equilíbrio na relação dos bancos com os seus clientes quando estes se sintam em desvantagem exagerada. Não há lugar para o sofisma que as instituições costumam apresentar quando questionadas perante o Poder Judiciário, segundo o qual, se os juros não estão limitados é permitido cobrar qualquer taxa.

(...)

Não se trata simplesmente de afastar a cláusula abusiva e deixar o contrato desfalcado. É o caso de restabelecer o equilíbrio do pacto com base em critérios e parâmetros os mais justos possíveis, reconhecendo que escapa à razoabilidade impor o limite anual de 12% para os juros remuneratórios, sem levar em conta os fatores que, de modo geral, inevitavelmente influenciam a economia.

A busca dessa equidade recomenda que aquele limite dê lugar a outro, relacionado com as taxas de mercado, sem representar perda excessiva para o credor ou onerosidade para o devedor. Apresenta-se adequada para esse fim que se tome em consideração a taxa básica Selic, ditada pelo Banco Central do Brasil, fixada hoje em 18,50% ao ano, que garante ao banco a mesma remuneração dos títulos do Governo.

Representa a menor taxa da economia, pois o governo, entre todos os agentes, é o que apresenta menos risco. Como referida taxa traduz risco mínimo, afigura-se-me razoável, salvo prova pericial em contrário do encargo da entidade financeira (que, no caso, não foi produzida), estipulá-la para hipóteses como a presente, no valor da Selic mais 6%, o que corresponde, hoje, a 24,5% ao ano.

Não se pretende com esse entendimento que o Judiciário passe a fixar taxas de juros. Não. Isso é tarefa do mercado. Todavia, sendo aquelas taxas abusivas e, portanto, violadoras do direito da parte, não pode aquele Poder, diante do caso concreto, por força de lei, deixar de estipulá-las, pela aplicação da regra de equidade, a fim de coibir o abuso e fazer prevalecer aquilo que é de justiça.”

Verifica-se, destarte, que o caso sob comento – diferentemente de outros postos à minha mesa e sob minha óptica – não se amolda no perfil desta exceção de aplicação do princípio da proporcionalidade, fundamentado no art. 51, IV c/c seu § 1º, III e § 2º, do CDC.

Sendo assim, rejeito o pedido específico de nulificação das cláusulas contratuais relativas ao percentual da taxa de juros remuneratórios, que foram livremente pactuadas pelas partes, devendo neste ponto fixar-se a decisão.

IV - JUROS MORATÓRIOS. SÚMULA 285 DO STJ. APLICAÇÃO DO CDC (2% A.A.).

A Súmula 285 do STJ estabelece que “Nos contratos bancários posteriores ao Código de Defesa do Consumidor incide a multa moratória nele prevista”.

Tal súmula, numa primeira leitura pode parecer obscura e, até mesmo, incoerente com a outra súmula já citada, a 297 do STJ. Na verdade,

ambas são complementares. O que a súmula STJ nº 285 quer significar nada mais trata do que a incidência do Código de Defesa do Consumidor aos contratos celebrados com as instituições financeiras.

Isto implica na redução da multa moratória de 10% para 2% para as operações realizadas após o advento da Lei 9.298/96 - hipótese dos autos - que alterou a redação do parágrafo primeiro do art. 52 do CDC. Portanto, o limite dos juros moratórios deve ser o que está estipulado no CDC, a saber, 2% ao ano.

V-CAPITALIZAÇÃO DOS JUROS. IMPOSSIBILIDADE. APLICAÇÃO DA SÚMULA 121 DO STF E 297 DO STJ.

É conhecida por todos o teor da súmula 121 do STF: “É vedada a capitalização de juros, ainda que expressamente convencionada”.

A capitalização dos juros, conhecidos com o nome técnico de anatocismo, juntamente com a falta de limites aos juros remuneratórios, são os maiores responsáveis pelo crescimento exponencial das dívidas advindas de contratos bancários.

Não se desconhece, nesta análise, o teor da Súmula 596 do STF. Acontece que tal súmula foi editada em dezembro de 1976, anteriormente portanto, a promulgação da Constituição e do CDC, de 1990.

Além disso, uma vez que já firmado o entendimento, relativo à aplicabilidade do sistema do CDC, nos contratos bancários (Súmula 297 do STJ) não se pode – com maior razão – admitir o anatocismo, por ele criar uma onerosidade excessiva para uma das partes, em detrimento da outra.

Certo que também se pode alegar que a súmula 121 do STF é anterior ao CDC e a CF/88. Mas justamente seu significado se encontra mais consentâneo com o CDC, e não a súmula 596.

Além disso, como já anteriormente gizado, deve-se analisar tais enunciados, tanto legais quanto sumulares, de forma razoável, caso a caso, de forma a aplicar o sinalagma de forma equitativa. E, na questão posta, filio-me inteiramente ao entendimento esposado pelo douto Des. JOSÉ ARISIO LOPES DA COSTA, em precedente já colocado, mas que não custa repetir:

EMENTA: CIVIL - PROCESSUAL - REVISIONAL - CONTRATO BANCÁRIO - ABERTURA DE CRÉDITO EM CONTA CORRENTE - CONSUMIDOR - FIXAÇÃO DE JUROS -

**CAPITALIZAÇÃO - COMISSÃO DE PERMANÊNCIA -
CORREÇÃO MONETÁRIA.**

(1) É cediço que aos serviços bancários, entre os quais o de mútuo, aplicam-se as disposições do vigente Código de Defesa do Consumidor.

(2) O STF já firmou entendimento de que o parágrafo 3º do artigo 192, da Constituição Federal, não é auto-aplicável.

(3) No contrato sob exame, não se admite a capitalização de juros, instituto somente aplicável quando fundado em lei especial. (...) Unânime. (APC n. 2001.0001.1355-6/0 APELAÇÃO CÍVEL - Relator. Des. JOSE ARISIO LOPES DA COSTA - Orgão Julgador: 1ª CÂMARA CÍVEL)

Portanto, inadmissível a cláusula - explícita ou implícita - que admite a capitalização de juros (anatocismo). Finalmente, robustecendo este entendimento, recente aresto do STJ:

RECURSO ESPECIAL. AGRAVO REGIMENTAL. CONTRATOS BANCÁRIOS. CAPITALIZAÇÃO DOS JUROS EM PERIODICIDADE INFERIOR À ANUAL. MP N. 2.170-36. PACTUAÇÃO NÃO DEMONSTRADA. IMPOSSIBILIDADE. EXEGESE DE CLÁUSULA CONTRATUAL. SÚMULA Nº 5/STJ. RECURSO EXTRAORDINÁRIO PENDENTE DE JULGAMENTO. SUCUMBÊNCIA REDISTRIBUIÇÃO. RECURSO INFUNDADO. APLICAÇÃO DE MULTA.

Na linha da orientação assente na Segunda Seção desta Corte, nos contratos celebrados após 31/03/2000, data da publicação da MP n. 1.963 revigorada pela MP nº 2.170-36, publicada no D.O.U. de 12/9/2001, é admissível a capitalização dos juros em período inferior a um ano, desde que assim pactuada.

No caso, inadmissível a sua cobrança, porquanto não evidenciada a expressa pactuação da referida parcela. Rever a decisão das instâncias ordinárias importaria necessariamente na exegese de cláusulas contratuais, providência defesa na via excepcional. Incidência da Súmula nº 5-STJ. (AgRg no REsp 702562 - Relator(a) Ministro BARROS MONTEIRO - QUARTA TURMA - DJ 19.12.2005 p. 433).

Em outras palavras: mesmo se admitindo a autorização da MP nº 2.170-36/2001 para a capitalização dos juros, estes só serão admitidos quando expressos de maneira clara, explícita, nos contratos, o que também não é o caso do contrato em tela.

Destarte, mantenho a sentença monocrática que nulificou cláusulas do presente contrato que prevejam juros mensais capitalizados (juros sobre juros).

VI - COMISSÃO DE PERMANÊNCIA E CUMULAÇÃO COM CORREÇÃO MONETÁRIA. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 30 DO STJ.

Relativamente à cumulação de comissão de permanência e de correção monetária, é necessário afirmar que a cláusula permissionária desta mencionada cumulação é puramente potestativa, posto que advinda do mero arbítrio da instituição financeira. Ora, isto é expressamente vedado pelo Código de Defesa do Consumidor, tornando-a, igualmente, nula de pleno direito. Com efeito, assim dispõe a

”Súmula 30 - STJ: A comissão de permanência e a correção monetária são inacumuláveis”.

Por tal súmula - incidente ao caso – a correção monetária não pode ser cumulada com a comissão de permanência, porquanto nela já estão inseridos juros. Orientação em contrário abre espaço para uma dupla cobrança de juros de natureza remuneratória, ensejando enriquecimento indevido, e a um outro anatocismo, reiteradamente repellido em nosso Direito.

Observe-se, sobre o assunto, o que disse o Senhor Ministro Eduardo Ribeiro, no REsp nº 4.443/SP, julgado em 09/10/90, RSTJ 33/249-253, sobre a função da comissão de permanência, *verbis*:

“Cumpra ter-se em conta que a comissão de permanência foi instituída quando inexistia previsão legal de correção monetária. Visava a compensar a desvalorização da moeda e também remunerar o banco mutuante. Sobrevindo a Lei 6.899/81, a primeira função do acessório em exame deixou de justificar-se, não se podendo admitir que se cumulasse com a correção monetária, então instituída”.

Desta forma, entendo não ser possível a cumulação da comissão de permanência com a correção monetária. Afinal, como já destacado supra, a comissão de permanência foi criada com o objetivo de compensar a desvalorização da moeda e também remunerar o banco mutuante, sendo formada, essencialmente, por juros de mercado, o que justifica o duplo objetivo.

Não existe dúvida, portanto, de que a comissão de permanência enseja mais do que uma simples correção monetária, já que em sua formação é encontrada taxa de juros. Com efeito, “A comissão de permanência e a correção monetária são inacumuláveis” (Súmula 30 – STJ).

O índice de correção não pode ter natureza remuneratória, mas apenas refletir a atualização dos valores da moeda, devendo se dar com base no INPC, índice que melhor reflete a alteração dos preços ao consumidor.

Portanto, neste item fica confirmada a sentença monocrática que invalidou a cumulação, prevista no contrato, de cobrança simultânea de comissão de permanência e correção monetária, devendo o índice de correção ser o INPC, por refletir de forma mais justa a atualização dos valores da moeda.

VII – DA AÇÃO DE BUSCA E APREENSÃO

O posicionamento consolidado do Egrégio Superior Tribunal de Justiça – STJ é no sentido de serem reunidas as Ações de Busca e Apreensão e Revisional. Assim, como exemplo, destacam-se os trechos das seguintes decisões:

“... devem ser reunidas as ações de busca e apreensão e revisão contratual com espeque no mesmo contrato” (AgRg no Ag 654.809/SP – Relator Ministro Fernando Gonçalves – DJU 11.04.05);

ante a

“... ocorrência de conexão entre as referidas ações, afinal, ambas apresentam como causa de pedir remota o contrato de financiamento, garantida por alienação fiduciária, celebrado entre as partes” (neste sentido, CC 49.434/SP – Relatora Ministra Nancy Andrichi – julgado em 08.02.06).

É portanto, inquestionável a conexão entre as 02 (duas) ações, em

face da identidade de seu vínculo original (mesmo contrato), ainda que possam ser utilizadas formas processuais diferentes (DL 911/69 e/ou CPC), para obterem o mesmo fim substancial e adjetivo: a adimplência do devedor e o cumprimento do contrato, expurgado de quaisquer máculas.

O ilustre jurista NELSON NERY JÚNIOR, por sua vez, na sua aplaudida obra “CÓDIGO BRASILEIRO DO CONSUMIDOR” - Editora Forense – 5ª Edição – pág. 345, assim leciona:

“(…) constitui direito básico do consumidor a modificação das cláusulas contratuais que estabeleçam prestações desproporcionais ou a REVISÃO em razão de fatos supervenientes que as tornem excessivamente onerosas (art. 6, inciso V, CDC). Esse princípio modifica inteiramente o sistema contratual do direito privado tradicional, mitigando o dogma da intangibilidade do conteúdo do contrato, consubstanciado no antigo brocardo *pacta sunt servanda*”.

Ora, se o devedor fiduciário tem este indiscutível direito de – até – REVISAR o seu contrato – muitas vezes maculado com vícios jurídicos, como no caso vertente, não pode o mesmo – evidentemente – ser considerado como encontrando-se em estado de mora “*debendi*”. Máxime quando – em inúmeras ocasiões – o valor revisionado das prestações estão sendo depositas em juízo, à disposição do credor.

Mas, ainda que não estivessem sendo depositadas em juízo referidas prestações, o fato da matéria estar sob apreciação no Poder Judiciário, para julgamento da pleiteada revisão contratual, por si só, não poderia caracterizar inadimplemento contratual, com a consequente mora. Com efeito, Em quaisquer destas 02 (duas) hipóteses supra, as aludidas prestações não estão vencidas, mas estão *sub judice*.

Nesta contexto, é oportuno transcrever abaixo, como exemplo, 02 (duas) decisões, de 02 (dois) eminentes Desembargadores relatores, do E. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, de respeitado valor, pela reconhecida vanguarda do pensamento jurídico do mencionado Pretório:

“ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA. AÇÕES DE REVISÃO DE CONTRATO DE FINANCIAMENTO E DE BUSCA E APREENSÃO CONEXAS. (...) DESCARACTERIZAÇÃO DA

MORA SE O CONTRATO PREVÊ ENCARGOS ABUSIVOS E O CREDOR FAZENDO-OS INCIDIR INDICA DÉBITO EM VALOR SUPERIOR AO EFETIVAMENTE DEVIDO. RESTA DESCARACTERIZADA A MORA DO DEVEDOR. ATITUDE QUE, ADEMAIS, NO PROCESSO, DEIXA O DEVEDOR EM ESTADO DE PERPLEXIDADE, SEM SABER SE REQUER A EMENDA DA MORA OU CONTESTA A AÇÃO. (...) APELAÇÃO PROVIDA”.

(Apelação Cível nº 70001149368 – 14ª (Décima Quarta Câmara Cível). TJ/RS – Relator Des. Marco Antônio Bandeira Scapini – julg. 21.12.2000).

“CONTRATO DE FINANCIAMENTO COM ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA EM GARANTIA. AÇÃO DE REVISÃO CONTRATUAL CONEXA COM BUSCA E APREENSÃO.

(...)

BUSCA E APREENSÃO – DESCARACTERIZADA A EXISTÊNCIA DE MORA *SOLVENDI*, A POSSE DO BEM GARANTIDO PELA ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA PELO DEVEDOR FIDUCIÁRIO É JUSTA, CONFORME DIREITO, NÃO AUTORIZANDO O ‘INTERDITO RECUPERATÓRIO’. APELO DESPROVIDO, COM DISPOSIÇÕES DE OFÍCIO”.

(Apelação Cível nº 70002190015 – 14ª (Décima Quarta Câmara Cível). TJ/RS – Relator Des. João Armando Bezerra Campos – julg. 05.04.2001).

Na verdade, o contrato sob exame do Poder Judiciário, poderia – como afinal ficou demonstrado – conter vícios jurídicos graves como – por exemplo – a incidência cumulativa de correção monetária, com a comissão de permanência e/ou a ocorrência de juros sobre juros (anatocismo), às vezes praticada em periodicidade até mensal.

O referido instrumento – também – poderia conter cláusulas excessivamente onerosas e abusivas, todas comprometendo o equilíbrio contratual e o sagrado princípio norteador, da boa-fé.

Como é possível, contratos que tais, serem considerados em estado de mora ou estarem com prestações vencidas, a atrair uma Ação tão significativa

e importante, no sistema processual vigente, como o da Busca e Apreensão?

Destarte, não está caracterizada a mora – como previsto no art. 3º do Decreto-Lei nº 911/69, alterado pela Lei nº 10.931/04. Não há – no caso – a mora “debendi”. Na verdade, os valores cobrados não são os efetivamente devidos, a justificar o ingresso e/ou a permanência da Ação de Busca e Apreensão.

Seu resultado, que seria a retenção do veículo, para a satisfação do crédito, restaria sem objeto, porquanto o devedor não se recusa – radicalmente – a pagar seu débito, mas – apenas – fazê-lo em bases juridicamente corretas, estabelecidas em decisão judicial. Exatamente neste sentido leia-se outra decisão do C. Superior Tribunal de Justiça:

“...NÃO SE CARACTERIZA A MORA DO DEVEDOR, PARA EFEITO DO AJUIZAMENTO DA AÇÃO DE BUSCA E APREENSÃO DO BEM ALIENADO FIDUCIARIAMENTE, SE O MONTANTE DO DÉBITO E A PRÓPRIA OCORRÊNCIA DA MORA SÃO OBJETO DE DISCUSSÃO EM JUÍZO, COM O PRÉVIO AFORAMENTO DE AÇÃO REVISIONAL” (Resp 227547/RS – DJU 11.09.00 – pág. 255 – Rel. Min. César Asfor Rocha)

A discussão em Juízo, do contrato de financiamento e suas respectivas cláusulas é um legítimo direito do devedor, cujo exercício não pode – sob quaisquer circunstâncias – trazer-lhe prejuízos, muito menos os decorrentes da apreensão do bem que – de boa fé – adquiriu fiduciariamente.

Verifica-se, assim, que a sentença, julgando extinta a Ação de Busca e Apreensão, sem julgamento do mérito, é irrepreensível. E o é, até porque ensejará ao credor – oportunamente, ou seja, após o recálculo das prestações devidas – se necessário, utilizar-se deste relevante instrumento processual.

O devedor fiduciário, com certeza, não ingressou com a ação revisional, de má-fé ou com escusos interesses procrastinatórios. Ele sabe das graves sanções, a que pode ser submetido pelo reitor original do feito, inclusive na fase executória. Logo, busca unicamente adimplir seu contrato, expurgado dos injurídicos vícios, através de decisão judicial – pelo menos - já parcialmente reconhecidos. Neste sentido, impõe-se a otimização das sentenças, o que ora é efetivado pelo presente acórdão.

VIII - CONCLUSÕES. DISPOSITIVO.

Diante de todo o exposto e após aprofundamento do estudo da matéria, sob comento, inclusive sob farta jurisprudência aqui colacionada, passo – abaixo – a proferir o dispositivo da DECISÃO, que mereceu manifestação, entre outros Eminentíssimos Desembargadores deste TJ/CE, da não menos insígne Des^a. MARIA IRACEMA DO VALE HOLANDA, que - em voto vista, nos autos do Proc. nº 2000.0138.2463-6/1 (BANCO ABN AMRO REAL S/A x NEWBER CORDEIRO), às fls. 133/135 – assim concluiu:

“Acosto-me, assim, aos fundamentos colocados pelo ilustre Des. ERNANI BARREIRA PORTO, por todas as razões já expostas, e por seu voto refletir o posicionamento desta 1ª Câmara Cível, em precedentes idênticos.”

Desta forma, conheço e dou-lhe parcial provimento ao presente recurso de Apelação Cível, amoldando-se a sentença requestada na parte em que não for contrária aos seguintes pontos: **a)** aplicar ao contrato o CDC, à dicção da Súmula 297 do STJ; **b)** manter a taxa de juros remuneratórios no percentual pactuado, afastada qualquer capitalização **c)** limitar os juros moratórios (Súmula 285, do STJ), em 2% (dois por cento) (art. 52, § 1º, CDC), sobre o valor da prestação em atraso; **d)** nulificar as cláusulas contratuais que prevejam a capitalização de juros (anatocismo), de acordo com a súmula 121 do STF, com os precedentes jurisprudenciais e a inexistência de legislação específica que a autorize; **e)** impossibilitar a cumulação da comissão de permanência com a correção monetária, de acordo com a Súmula 30 do STJ, substituindo a cobrança da comissão de permanência pela correção monetária com base no INPC.

Quanto à fixação de honorários advocatícios, dada a sucumbência recíproca, aplica-se o art. 21 “caput”, do CPC e súmula 306 do STJ.

Após, o trânsito em julgado, remetam-se os presentes autos à liquidação de sentença para apuração dos valores devidos.

Quanto à Apelação Cível interposta nos autos da Ação de Busca e Apreensão, conexa com a Ação Revisional, conheço do recurso, mas para negar-lhe provimento, confirmando – assim – o julgamento da extinção do Processo, nos termos do art. 267, inciso IV, § 3º, do CPC, devendo o autor da mencionada Ação, suportar os ônus das custas judiciais e dos honorários advocatícios, fixados em 10% (dez por cento) sobre o valor da causa.

Fortaleza, 29 de outubro de 2007.

Nº PROCESSO: 2000.0129.8725-6/1

TIPO DO PROCESSO: APELAÇÃO CIVEL em AÇÃO ORDINÁRIA

ORIGEM: FORTALEZA

APELANTES/PROMOVENTES: SOLON POMPEU CATUNDA NETO

CÂNDIDO PROCÓPIO DE SOUZA FILHO

LIA FONTENELE COLARES

MÁRCIA MARIA DE PAULA BESSA ALENCAR

HELOISA MARIA DE CASTRO VASCONCELOS BARBOSA

APELADO/PROMOVIDO: ESTADO DO CEARÁ

RELATOR: DES. RAUL ARAÚJO FILHO

EMENTA: CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. APELAÇÃO EM AÇÃO ORDINÁRIA. SERVIDOR PÚBLICO. LEI ESTADUAL N. 12.611/96. REAJUSTE SETORIAL DE 19% AOS SERVIDORES INTEGRANTES DO MAGISTÉRIO DE 1º E 2º GRAUS. EXTENSÃO AOS DEMAIS SERVIDORES ESTADUAIS. IMPOSSIBILIDADE. REVISÃO GERAL. NÃO OCORRÊNCIA. ISONOMIA. INAPLICÁVEL (SÚMULA 339, DO STF). PRESCRIÇÃO DO FUNDO DE DIREITO. OCORRÊNCIA. OBRIGAÇÃO DE TRATO SUCESSIVO. NÃO CARACTERIZAÇÃO.

1. O art. 37, X, da CF/88 se refere à revisão geral da remuneração de todos os servidores, a ser efetuada anualmente, na mesma data, sem distinção de índices. Tal revisão não se confunde com aumento setorial, que beneficia apenas determinada categoria de servidores públicos, por terem fundamentos diversos. A Lei Estadual n. 12.611/96 conferiu aumento dos vencimentos apenas aos ocupantes de cargo de magistério de 1º e 2º graus, não se referindo, em momento algum, a efetivação de revisão geral.

2. Noutro giro, os vencimentos dos servidores públicos somente podem ser fixados ou alterados mediante a edição de lei específica, não podendo o Judiciário, que não exerce tipicamente função legislativa, estender a todos os servidores aumento dado apenas a determinada categoria, ainda que sob invocação do princípio da isonomia (CF, art. 5º, caput), sob pena de afronta direta ao princípio da Separação dos Poderes, conforme

orientação emanada da Súmula 339 do C. STF.

3. Em demandas ajuizadas em face da Fazenda Pública, aplica-se o prazo prescricional quinquenal previsto no Decreto n. 20.910/32. *In casu*, não se caracteriza obrigação de trato sucessivo, na medida em que o direito pleiteado pelos promoventes surgiu de um único ato – edição da Lei n. 12.611/96, que não concedeu o aumento requerido -, não cabendo se falar em renovação mês a mês de relação que não chegou, sequer, a se constituir.

4. Apelação conhecida e improvida.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº. 2000.0129.8725-6/1, da Comarca de Fortaleza, em que são apelantes SOLON POMPEU CATUNDA NETO, CÂNDIDO PROCÓPIO DE SOUZA FILHO, LIA FONTENELE COLARES, MÁRCIA MARIA DE PAULA BESSA ALENCAR e HELOISA MARIA DE CASTRO VASCONCELOS BARBOSA e é apelado o ESTADO DO CEARÁ,

A C O R D A a Primeira Câmara Cível desta Corte de Justiça do Estado do Ceará, unanimemente, em conhecer do presente recurso interposto, negando-lhe provimento, acolhendo a preliminar de prescrição, extinguindo o processo com resolução do mérito.

Trata-se de Apelação Cível interposta por SOLON POMPEU CATUNDA NETO, CÂNDIDO PROCÓPIO DE SOUZA FILHO, LIA FONTENELE COLARES, MÁRCIA MARIA DE PAULA BESSA ALENCAR, HELOISA MARIA DE CASTRO VASCONCELOS BARBOSA, em face da r. sentença de fls. 79/86, proferida pelo d. magistrado da 7ª Vara da Fazenda Pública da Comarca de Fortaleza.

O presente recurso decorre do julgamento de ação ordinária ajuizada por servidores do Estado do Ceará, pretendendo que lhes fosse estendido o reajuste de vencimentos concedido aos servidores integrantes do magistério estadual de 1º e 2º graus, através da edição da Lei estadual n. 12.611/96, com fulcro no art. 37, inc. X, da Constituição Federal de 1988, que prevê a denominada revisão geral da remuneração dos servidores públicos, antes do advento da Emenda Constitucional n. 19/98.

O d. magistrado *a quo* julgou improcedente o pedido constante da vestibular, entendendo que o reajuste concedido ao magistério estadual trata-se,

na verdade, de correção de distorção de uma categoria profissional específica e não de reajuste geral, não havendo que se falar, portanto, em violação ao art. 37, inc. X, da CF/88. Não condenou os promoventes em custas e honorários em face da gratuidade judiciária.

Irresignados, interpuseram os promoventes recurso de apelação, argüindo, em síntese, ter o Estado do Ceará, ao conferir o reajuste apenas a certos servidores do Estado, violado o art. 37, inc. X, da CF, posto que gerou uma situação discriminatória e manifestamente imotivada.

Intimado, o Estado do Ceará apresentou suas contra-razões às fls. 100/110, argüindo a prescrição do fundo do direito dos autores, bem como a inocorrência de revisão geral e a impossibilidade de o Judiciário conceder aumento a servidores sob o fundamento de isonomia, colimando, portanto, pela manutenção da r. sentença recorrida.

Às fls. 121/125, manifestou-se o d. Ministério Público pelo improvimento do recurso de apelação interposto pelas promoventes.

É o relatório. Voto.

Impondo-se um juízo antecedente de admissibilidade recursal, conheço do presente recurso, eis que próprio, interposto tempestivamente, sem preparo, por serem beneficiários da justiça gratuita, encontrando-se, pois, presentes os chamados requisitos intrínsecos e extrínsecos ao transpasse para o juízo de mérito.

Preliminarmente, aduziu o apelado, nas contra-razões ao recurso de apelação interposto pelos promoventes, a ocorrência da prescrição quinquenal do fundo de direito dos autores, já que decorridos mais de 05 (cinco) anos entre a edição da Lei Estadual n. 12.611/96 e a propositura da presente ação.

Em se tratando de demanda ajuizada em face da Fazenda Pública, aplica-se o prazo prescricional previsto no Decreto n. 20.910/32, qual seja, 05 (cinco) anos.

Acerca da prescrição, há de se distinguir as obrigações de trato sucessivo, como nos casos em que parcela remuneratória é ilegalmente suprimida, e as obrigações decorrentes de ato único. Quanto àquelas, é entendimento pacífico no Eg. Superior Tribunal de Justiça (Súmula 85), sumulado também nesta Corte (Súmula 25), que a prescrição se renova mês a mês, conforme se exemplifica abaixo:

AGRAVO REGIMENTAL. AGRAVO DE INSTRUMENTO.

ADMINISTRATIVO. PROCESSUAL CIVIL. SERVIDOR PÚBLICO. LEIS NºS 8.622/93 E 8.627/93. REAJUSTE DE 28,86%. EXTENSÃO AOS MILITARES BENEFICIADOS COM ÍNDICES MENORES. PRESCRIÇÃO DO FUNDO DE DIREITO. CORREÇÃO MONETÁRIA. TERMO A *QUO*. JURISPRUDÊNCIA DESTA CORTE. SÚMULA Nº 83/STJ. INOVAÇÃO. MATÉRIA NÃO LEVANTADA NO RECURSO ESPECIAL E NEM DISCUTIDA PELA DECISÃO AGRAVADA. IMPOSSIBILIDADE DE APRECIÇÃO EM SEDE DE AGRAVO REGIMENTAL.

1. O reajuste de 28,86% (Leis 8.622/93 e 8.627/93) é devido aos servidores públicos civis e aos militares beneficiados com aumentos menores. Precedentes da Corte.

2. Nas demandas objetivando reposição de parcela remuneratória ilegalmente suprimida, por se tratar de relação jurídica de trato sucessivo, que se renova mensalmente, não ocorre a prescrição do chamado fundo de direito.

3. Nega-se provimento a agravo de instrumento quando a decisão recorrida encontra-se no mesmo sentido do entendimento desta Corte Superior. Incidência da Súmula nº 83 do STJ.

4. Inviável a discussão, em sede de agravo regimental, de matéria não abordada no recurso especial, por tratar-se de inovação recursal.

5. Agravo regimental a que se nega provimento.

(AgRg no Ag 756.888/RS, Rel. Ministro CARLOS FERNANDO MATHIAS (JUIZ CONVOCADO DO TRF 1ª REGIÃO), SEXTA TURMA, julgado em 14.08.2007, DJ 03.09.2007 p. 234)

Nas situações, entretanto, em que o próprio direito reclamado fora negado por exclusão tácita, em ato único, motivo pelo qual se pleiteia, judicialmente, a configuração de uma dada situação jurídica, ocorre, na verdade, a prescrição do próprio fundo de direito.

No caso dos fólios, o aumento do vencimento foi formalmente concedido única e exclusivamente aos professores estaduais, não alcançando, claramente, os demais servidores, inclusive as proponentes, ora apelantes. Não se trata, *in casu*, pois, de obrigação de trato sucessivo, que ensejaria a renovação da prescrição mensalmente, já que a Administração Pública claramente recusou

o mesmo benefício a todas as demais categorias funcionais, assegurando-o tão-somente aos professores. Trata-se de ato único, que não deu início à relação de trato sucessivo, que se renovaria mês a mês. Deveriam, portanto, ter os promoventes reclamado a extensão em questão dentro do prazo de 05 (cinco) anos após a edição da Lei Estadual n. 12.611/96. A propósito, vejam-se os seguintes arestos do Eg. Superior Tribunal de Justiça:

ADMINISTRATIVO. PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. MILITAR. REFORMA. REVISÃO. PRESCRIÇÃO DO PRÓPRIO FUNDO DE DIREITO. OCORRÊNCIA. PRECEDENTES. RECURSO ESPECIAL CONHECIDO E PROVIDO.

1. É firme a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça no sentido de que, em se tratando de ação que visa configurar ou restabelecer uma situação jurídica, cabe ao servidor reclamá-la dentro do quinquênio seguinte, sob pena de ver o seu direito prescrito, consoante estipulado no art. 1º do Decreto 20.910/32.

2. Hipótese em que o recorrido busca a revisão de seus proventos por meio da inclusão da vantagem prevista na Lei 2.116/53, o que implicaria retificar o próprio ato de reforma. Considerando-se que a ação foi proposta em 19/12/02, após cinco anos do ato que passou o recorrido para a inatividade, ocorrido em 15/12/94, encontra-se prescrito o próprio fundo de direito pleiteado.

3. Recurso especial conhecido e provido.

(REsp 749.274/PE, Rel. Ministro ARNALDO ESTEVES LIMA, QUINTA TURMA, julgado em 26.06.2007, DJ 13.08.2007 p. 405)

ADMINISTRATIVO. SERVIDOR PÚBLICO ESTADUAL. INATIVO. REENQUADRAMENTO FUNCIONAL. AÇÃO PROPOSTA APÓS CINCO ANOS DO ATO QUE DEU CAUSA AO PEDIDO. RECONHECIMENTO DA PRESCRIÇÃO DO FUNDO DE DIREITO.

1. A prescrição atinge o próprio fundo de direito quando a ação tiver sido proposta após transcorrido o prazo de cinco anos, contado do ato que deu causa ao pedido, *in casu*, a Lei Estadual n.º 11.177/93 e o Decreto Estadual n.º 35.021/93.

2. Agravo regimental desprovido.

(AgRg no REsp 868.843/MG, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 24.04.2007, DJ 28.05.2007 p. 397)

Há de se reconhecer, portanto, com arrimo nos argumentos retro-expostos, a ocorrência da prescrição do fundo de direito dos autores, já que decorridos mais de 05 (cinco) anos entre a entrada em vigor da Lei estadual n. 12.611/96, em 01/07/1996, e a propositura da presente ação, em 15/07/2003.

Por sua vez, é de bom alvitre, ressaltar que, mesmo em se analisando a presente demanda à luz da legislação constitucional e infraconstitucional invocada, ainda carece de amparo jurídico a pretensão autoral, conforme restou decidido pelo d. juízo *a quo*.

É que, no caso dos fólhos, não há que se falar em revisão geral da remuneração do pessoal ocupante do serviço público estadual, a princípio estendível a todos os servidores da Administração Estadual, mas de aumento setorial, concedido claramente, apenas, à categoria do magistério estadual de 1º e 2º Graus, conforme se afere da análise do art. 1º da Lei n. 12.611/96, abaixo transcrito, *in verbis*:

“Art. 1º - Ficam majorados para os valores ficados no Anexo Único desta lei, os vencimentos dos servidores integrantes do Grupo Operacional Magistério de 1º e 2º Graus.”

De fato, a revisão geral da remuneração dos servidores públicos, determinada de forma vinculada pela norma constitucional citada, não pode ser confundida com aumento setorial, concedido a uma dada categoria funcional, de acordo com a política de pessoal adotada discricionariamente pela Administração Pública.

A propósito, interessante análise feita por José dos Santos Carvalho Filho acerca da distinção entre ambas as revisões há pouco mencionadas:

“No que concerne ao realinhamento da remuneração dos servidores, cumpre distinguir a revisão geral da revisão específica. Aquela retrata um reajustamento genérico, calcado fundamentalmente na perda de poder aquisitivo do servidor em decorrência do processo inflacionário; esta atinge apenas determinados cargos e carreiras, considerando-se a remuneração paga às respectivas funções no

mercado comum de trabalho, para o fim de ser evitada defasagem mais profunda entre as remunerações do servidor público e do empregado privado. São, portanto, formas diversas de revisão e apoiadas em fundamentos diversos e inconfundíveis.” (in Manual de Direito Administrativo. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 18ª ed., 2007, p. 643)

Percebe-se, portanto, que a revisão geral e o aumento setorial possuem fundamentos diversos. Enquanto aquela visa a preservar o valor real da remuneração, mantendo o poder aquisitivo da remuneração dos servidores, o aumento setorial (revisão específica, nos termos utilizados por José dos Santos Carvalho Filho) tem como razão de existência o propósito de estímulo à determinada categoria ou a tentativa de evitar a defasagem da remuneração da categoria em relação aos empregados da iniciativa privada que exercem funções similares.

Assim, o reajuste concedido pela Lei estadual n. 12.611/93 não configura revisão geral de remuneração, não havendo de se falar em extensão do aumento meramente setorial da categoria dos professores por ela efetivado, para todos os demais servidores públicos do Estado.

Esta Eg. Corte de Justiça, inclusive, tem adotado o posicionamento supra:

CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. VENCIMENTOS DE SERVIDORES PÚBLICOS ESTADUAIS. MAJORAÇÃO. REVISÃO GERAL DA REMUNERAÇÃO. INEXISTÊNCIA. PRELIMINARES DE DECADÊNCIA E PRESCRIÇÃO ALEGADAS PELO MP. DENEGADA A PRIMEIRA E NÃO CONHECIDA A ÚLTIMA.

A majoração de vencimentos de determinada categoria de servidores públicos, efetivada por meio de lei estadual, não pode ser entendida com o caráter de revisão geral, se assim não disposto em lei. O princípio da especificidade normativa comete aos Tribunais de Contas a competência privativa para a iniciativa de lei dispendo sobre vencimentos de seus servidores. Inexistência de lesão a direito líquido e certo. Denegação da segurança.

(TJCE, MS n. 2003.0011.0559-6/0, Relator: Des. João Byron de Figueiredo Frota, PLENO, julgado em 04/08/2005).

Lembre-se, por oportuno, que o art. 37, inc. X, da CF/88, tanto em sua redação originária quanto na atual, não veda o reajuste específico, sendo este perfeitamente compatível com o ordenamento jurídico brasileiro. Dessa forma, não se pode afirmar que a concessão, pelo Estado, de aumento dos vencimentos de certa categoria configura violação ao supracitado dispositivo constitucional, nem ao princípio da isonomia.

Em se acatando a tese dos promoventes, restaria inviabilizada toda a política de pessoal da Administração Pública estadual, pois sempre que se pretendesse alterar a remuneração de dado setor, posto que reconhecida a necessidade de estímulo, ou a valorização, ou, ainda, a defasagem em relação aos demais trabalhadores de ocupação similar na área privada, ter-se-ia que estender o aumento a todas as demais categorias, gerando grandes repercussões nas finanças do Estado. Se, de fato, a extensão pretendida pelos promoventes fosse devida, o Estado relutaria em conceder aumentos a seus servidores. Assim, os ocupantes de funções mais defasadas seriam eternamente prejudicados, violando, aí sim, o Estado o princípio da isonomia. A Administração Pública estaria engessada.

Vale ressaltar, ainda, que o Eg. Supremo Tribunal Federal tem prestigiado o entendimento acima exposto, distinguindo os dois institutos, inclusive chegando a afirmar ser perfeitamente possível uma dada categoria profissional não ser beneficiada pela revisão geral justamente por ter, anteriormente, recebido aumento setorial exclusivo. Isso decorre do entendimento de que os percentuais de reajustes concedidos devem ser compensados, ou seja, o ganho obtido através de lei específica deve ser compensado com o obtido por meio da lei, também específica, de revisão geral. Dessa forma, não é sempre que os benefícios concedidos através de revisão geral da remuneração são plenamente extensíveis a todos os servidores de dado ente da federação.

Nesse mesmo sentido, o entendimento da Suprema Corte:

“EMENTA: Ação direta de inconstitucionalidade. 2. Leis federais nº 11.169/2005 e 11.170/2005, que alteram a remuneração dos servidores públicos integrantes dos Quadros de Pessoal da Câmara dos Deputados e do Senado Federal. 3. Alegações de vício de iniciativa legislativa (arts. 2º 37, X, e 61, § 1º, II, a, da Constituição Federal); desrespeito ao princípio da isonomia (art. 5º, *caput*, da Carta Magna); e inobservância da exigência de prévia dotação orçamentária (art. 169, § 1º, da CF). 4. Não configurada a alegada usurpação de iniciativa privativa do Presidente da República, tendo

em vista que as normas impugnadas não pretenderam a revisão geral anual de remuneração dos servidores públicos. 5. Distinção entre reajuste setorial de servidores públicos e revisão geral anual da remuneração dos servidores públicos: necessidade de lei específica para ambas as situações. 6. Ausência de violação ao princípio da isonomia, porquanto normas que concedem aumentos para determinados grupos, desde que tais reajustes sejam devidamente compensados, se for o caso, não afrontam o princípio da isonomia. 7. A ausência de dotação orçamentária prévia em legislação específica não autoriza a declaração de inconstitucionalidade da lei, impedindo tão-somente a sua aplicação naquele exercício financeiro. 8. Ação direta não conhecida pelo argumento da violação do art. 169, § 1º, da Carta Magna. Precedentes : ADI 1585-DF, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, unânime, DJ 3.4.98; ADI 2339-SC, Rel. Min. Ilmar Galvão, unânime, DJ 1.6.2001; ADI 2343-SC, Rel. Min. Nelson Jobim, maioria, DJ 13.6.2003. 9. Ação direta de inconstitucionalidade parcialmente conhecida e, na parte conhecida, julgada improcedente.”

(STF, ADI 3599 / DF, Rel. Min. Gilmar Mendes, Pleno, Julgamento: 21/05/2007, DJ 14-09-2007)

“EMENTA: SERVIDOR PÚBLICO. VENCIMENTOS. REAJUSTE. ISONOMIA. SÚMULA STF Nº 339. ART. 37, X, DA CF/88. 1. O princípio da isonomia dirige-se aos Poderes Executivo e Legislativo, a quem cabe estabelecer a remuneração dos servidores públicos e permitir a sua efetivação. Vedado ao Judiciário estender aumentos que foram concedidos apenas a uma determinada categoria. Precedente: RE 173.252. 2. O recorrido editou várias leis de reajustes de vencimentos aos seus servidores, sem a finalidade de promover uma revisão geral de remuneração, mas para corrigir distorções. Situação que não se confunde com a previsão do art. 37, X, da CF/88. Precedente: RE 307.302-ED 3. Recurso extraordinário não conhecido.”

(STF, RE 355517 / PR, Rel. Min. Ellen Gracie, Julgamento: 24/06/2003, DJ 29-08-2003 PP-00037)

Por fim, há de se mencionar que o aumento vencimental dos servidores públicos só pode ser concedido através da edição de lei específica,

cuja iniciativa compete a cada Poder do Estado. Não pode, assim, o Judiciário, que não detém competência legislativa geral, através da presente demanda, conceder aumento a servidores da Administração Pública do Estado, sob pena de manifesta violação ao princípio da Separação dos Poderes. Aplica-se, portanto, à situação trazida a este Eg. Tribunal a Súmula 339 da Corte Suprema, abaixo transcrita:

“Súmula 339, STF – Não cabe ao Poder Judiciário, que não tem função legislativa, aumentar vencimentos de servidores públicos sob fundamento de isonomia.”

Ressalte-se que o entendimento retro-exposto foi devidamente corroborado pelo Eg. Superior Tribunal de Justiça, em julgamento de Recurso Especial no Mandado de Segurança n. 19702, cuja matéria era exatamente a do caso sub oculi, qual seja, a extensão do reajuste de 19%, concedido pela Lei n. 12.611/96 aos professores estaduais, aos demais servidores do Estado do Ceará:

“RECURSO ORDINÁRIO - MANDADO DE SEGURANÇA - SERVIDOR PÚBLICO - ESTADO DO CEARÁ - LEI ESTADUAL Nº 12.611/96 - REAJUSTE DE 19% AOS SERVIDORES DO MAGISTÉRIO DE 1º E 2º GRAUS - EXTENSÃO AOS SERVIDORES ESTADUAIS DA SECRETARIA DA SAÚDE - IMPOSSIBILIDADE - SÚMULA 339 DO STF - RECURSO IMPROVIDO.

1. Não tendo a Lei Estadual nº 12.611/96 estendido o aumento de 19% aos servidores da Secretaria de Saúde do Estado do Ceará, não cabe ao Poder Judiciário fazê-lo, sob pena de ofensa ao princípio da Separação dos Poderes, por se tratar de competência exclusiva do Chefe do Executivo. Aplicação do enunciado 339, da Súmula STF. Precedentes.

2. Recurso improvido.”

(RMS 19702/CE, Rel. Ministro Paulo Medina, Sexta Turma, julgado em 23.08.2005, DJ 10.10.2005 p. 436)

Em casos similares, também manteve o Colendo STJ o mesmo entendimento:

“ADMINISTRATIVO. RECURSO EM MANDADO DE

SEGURANÇA. SERVIDOR PÚBLICO ESTADUAL. REVISÃO GERAL ANUAL. INPC. IMPOSSIBILIDADE. NECESSIDADE DE LEI ESPECÍFICA. AÇÃO DE COBRANÇA. MANDADO DE SEGURANÇA. IMPOSSIBILIDADE .

1. O art. 37, X, da Constituição Federal determina que a remuneração dos servidores públicos somente poderá ser fixada ou alterada por lei específica, observada a iniciativa privativa em cada caso.

2. “Não cabe ao Poder Judiciário, que não tem função legislativa, aumentar vencimentos de servidores públicos sob fundamento de isonomia” (Súmula 339/STF).

3. “O mandado de segurança não é substitutivo de ação de cobrança” (Súmula 269/STF). Recurso ordinário desprovido.” (RMS 17.835/SP, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 28.11.2006, DJ 05.02.2007 p. 261)

Isto posto, com arrimo nos argumentos supra, conheço da apelação cível interposta, para, no entanto, negar-lhe provimento, extinguindo-se o feito com resolução do mérito, na forma do art. 219, § 5º c/c art. 269, inc. IV, devido à ocorrência da prescrição.

No que tange os honorários advocatícios, arbitro-os no valor de R\$ 500,00 (quinhentos reais), a teor do art. 20, § 4º do CPC, respeitadas as normas aplicáveis aos beneficiários da justiça gratuita.

É como voto.

Fortaleza, 14 de abril de 2008.

Nº PROCESSO: 2000.0164.9595-1/1

TIPO DO PROCESSO: APELAÇÃO CÍVEL em Ação Revisional

ORIGEM: CANINDÉ

APELANTE/PROMOVENTE: AFONSO DE ALENCAR GUERRA

APELADO/PROMOVIDO: BNB – BANCO DO NORDESTE DO BRASIL S.A.

RELATOR: DES. RAUL ARAÚJO FILHO

EMENTA: CIVIL. CÉDULA DE CRÉDITO RURAL. DECRETO-LEI N. 167/67. REVISÃO CONTRATUAL. PRELIMINAR DE CERCEAMENTO DE DEFESA. PROVA PERICIAL CONTÁBIL-FINANCEIRA. DESNECESSIDADE. JULGAMENTO ANTECIPADO DA LIDE. POSSIBILIDADE. RELAÇÃO DE CONSUMO. APLICAÇÃO DO CDC. FLEXIBILIZAÇÃO DO PRINCÍPIO *PACTA SUNT SERVANDA* E DA AUTONOMIA DE VONTADE DAS PARTES. POSSIBILIDADE. LIMITAÇÃO DE JUROS A 12% AO ANO. OCORRÊNCIA. INAPLICAÇÃO DA LEI N. 4.595/64. CAPITALIZAÇÃO MENSAL DE JUROS. ADMISSIBILIDADE. EXPRESSA PREVISÃO LEGAL. UTILIZAÇÃO DA TJLP. LEGALIDADE. JUROS MORATÓRIOS DE 1% AO ANO. MULTA MORATÓRIA DE 10%. LEGALIDADE. CONTRATO FIRMADO ANTES DA VIGÊNCIA DA LEI N. 9.298/96. APELAÇÃO CONHECIDA E PARCIALMENTE PROVIDA.

1. O julgamento antecipado da lide não configura cerceamento de defesa quando a matéria de mérito é unicamente de direito ou, sendo de direito e de fato, não houver necessidade de produzir prova em audiência (CPC, art. 330, inc. I).

2. Na hipótese, visando o promovente à revisão de cláusulas contratuais supostamente abusivas, não há necessidade de realização de prova pericial para constatar esses abusos, bastando a apresentação do instrumento contratual. Precedente do C. STJ.

3. Aplica-se o Código de Defesa do Consumidor nas relações jurídicas estabelecidas com instituições financeiras (Súmula 297-STJ), inclusive em se tratando de emissão de Cédula de Crédito Rural. Precedentes do C. STJ.

4. Nos contratos de adesão, é plenamente admissível a flexibilização do princípio *pacta sunt servanda*, uma vez que o aderente não tem poder para discutir as cláusulas contratuais, não implicando violação à autonomia de vontade das partes.

5. Nas Cédulas de Crédito Rural, regidas pelo Decreto-lei n.

167/67, os juros remuneratórios são limitados ao percentual de 12% ao ano, diante da incidência do Decreto n. 22.626/33 (Lei da Usura), não lhes sendo aplicáveis as determinações legais da Lei n. 4.595/64. Precedentes do C. STJ.

6. Admite-se a capitalização mensal de juros, desde que expressamente pactuada, nos contratos dessa espécie (Decreto-lei n. 167/67, art. 5º, caput, parte final).

7. É possível a utilização da Taxa de Juros de Longo Prazo – TJLP como indexador, nas Cédulas de Crédito Rural. Súmula 288 do Eg. STJ. Na hipótese, admite-se a incidência do índice pactuado (IPC ou IPR), já que não foi impugnado.

8. A taxa de juros em caso de mora poderá ser elevada no máximo a 1% a.a. (Decreto-lei n. 167/67, art. 5º, parágrafo único).

9. Em contratos firmados antes da vigência da Lei n. 9.298/96, que alterou o art. 52, § 1º, do CDC, é legítima a cobrança de multa moratória no percentual de 10%.

10. É vedada a incidência de comissão de permanência nas Cédulas de Crédito Rural por ausência de previsão legal. Ademais, nos contratos bancários, é proibida sua cobrança cumulada com juros remuneratórios e moratórios, correção monetária e multa contratual (STJ, Súmulas 30 e 296).

11. Apelação conhecida e provida em parte.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº. 2000.0164.9595-1/1, da Comarca de Canindé, em que é apelante AFONSO DE ALENCAR GUERRA e apelado BNB – BANCO DO NORDESTE DO BRASIL S.A.,

A C O R D A a Primeira Câmara Cível desta C. Corte de Justiça do Estado do Ceará, unanimemente, em conhecer do recurso interposto, rejeitando a preliminar de nulidade da r. sentença impugnada por cerceamento de defesa, e, no mérito, dar parcial provimento.

Trata-se de Apelação Cível interposta por AFONSO DE ALENCAR GUERRA, em desfavor de BNB – BANCO DO NORDESTE DO BRASIL S.A., em Ação de Revisão de Cédula de Crédito Rural, insurgindo-se em face da r. sentença de fls.151/163, lavrada pelo MM. Juiz de Direito da 1ª Vara Cível da Comarca de Canindé.

Na referida decisão, o d. julgador *a quo* julgou improcedente o pedido do autor, ora apelante, para, reconhecendo a certeza, a exigibilidade e a liquidez dos títulos, declarar válidas e eficazes as respectivas cláusulas, tornando sem efeito a medida liminar. No que tange aos encargos da sucumbência, condenou o promovido, arbitrando os honorários advocatícios em 10% (dez por cento) sobre o valor atribuído à causa.

Irresignado, interpôs o promovente recurso de apelação, alegando, em síntese: a) o rompimento do negócio jurídico, em decorrência da superveniência de fato (seca) que acarretou a perda de parte do investimento feito pelo promovente com os recursos adquiridos juntos à instituição financeira; b) cerceamento de defesa, haja vista a não realização de prova pericial, que, segunda aduz, seria essencial para o deslinde da causa, sendo, pois, descabido o julgamento antecipadamente a lide; c) incidência das normas do Código de Defesa do Consumidor aos contratos bancários em geral; d) aplicação da TR e/ou da TRD durante todo o período negocial; e e) a incidência de cláusulas abusivas, que implicaram o aumento excessivo do débito, com a sua revisão, na forma pleiteada na inicial.

As contra-razões do recurso foram apresentadas às fls. 179/202, colimando o apelado pela manutenção da sentença.

Nessas condições, aportaram os presentes autos no Pretório local, para exame e julgamento.

É o breve relatório.

Voto.

Impondo-se um juízo antecedente de admissibilidade recursal, conheço do presente recurso, eis que próprio, interposto tempestivamente, com preparo devidamente realizado, encontrando-se, pois, presentes os chamados requisitos intrínsecos e extrínsecos ao transpasse para o juízo de mérito.

Preliminarmente, pugna o apelante pela nulidade da r. sentença recorrida, haja vista o julgamento antecipado da lide, que teria implicado cerceamento de defesa. Alega que deveria ter-lhe sido oportunizada a produção de prova, já que, para o deslinde da causa, entende ser necessária a realização de perícia contábil.

Acerca dessa questão, tratada pelo Código de Processo Civil no art. 330, para uma melhor análise do caso, é mister que sejam feitas algumas considerações.

Destaca-se, *prima facie*, que o julgamento antecipado da lide não

acarreta cerceamento de defesa, se desnecessária a instrução probatória, máxime se a matéria for exclusivamente de direito. Nessa esteira, o art. 131 do CPC consagra o princípio da persuasão racional, segundo o qual deve o magistrado valer-se do seu convencimento, à luz dos fatos e das provas, bem como da legislação, da doutrina e da jurisprudência, rejeitando diligências que aumentam desnecessariamente a duração do processo, tudo em consonância com o princípio da celeridade processual.

Entende-se, dessa forma, que o magistrado tem o poder-dever de julgar antecipadamente a demanda, desprezando a realização de prova pericial ou de qualquer outro tipo de prova requerida durante o processo, ao constatar que o acervo documental é suficiente para nortear e instruir seu entendimento.

Nesse sentido, entende o C. Superior Tribunal de Justiça, conforme se exemplifica através do aresto abaixo colacionado:

“SFH. CORREÇÃO MONETÁRIA DO SALDO DEVEDOR. TR. POSSIBILIDADE. AMORTIZAÇÃO. COEFICIENTE DE EQUIPARAÇÃO SALARIAL. QUESTÃO DE FATO E DE INTERPRETAÇÃO. PERÍCIA. INDEFERIMENTO. CERCEAMENTO DE DEFESA. INEXISTENTE. REEXAME DE PROVAS. SÚMULA 7. REPETIÇÃO EM DOBRO DO INDÉBITO. IMPOSSIBILIDADE.

- Prevista no contrato, é possível a utilização da Taxa Referencial como índice de correção monetária do saldo devedor, em contrato de financiamento imobiliário.
- É lícito o critério de amortização do saldo devedor mediante a aplicação da correção monetária e juros para, em seguida, abater-se do débito o valor da prestação mensal do contrato de mútuo para aquisição de imóvel pelo SFH.
- Impossível, no âmbito do recurso especial, a interpretação de cláusula contratual e do reexame das provas apreciadas nas instâncias originárias.
- Não há cerceamento de defesa quando o juiz, motivadamente, indefere pedido de produção de novas provas porque considera suficiente as já existentes nos autos.
- “A pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial.” (Súmula 7) - O pagamento indevido deve ser restituído

para obviar o enriquecimento sem causa. A repetição será na forma simples quando não existir má-fé do credor ou o encargo tenha sido objeto de controvérsia judicial.”

(AgRg no Ag 935.637/RS, Rel. Ministro Humberto Gomes de Barros, Terceira Turma, julgado em 03.12.2007, DJ 12.12.2007 p. 422)

“AGRAVO DE INSTRUMENTO. RECURSO ESPECIAL. FALTA DE PREQUESTIONAMENTO. CERCEAMENTO DE DEFESA. INEXISTÊNCIA.

I - Ausente o debate da matéria inserta no artigo 186 do Código Civil, sem que houvesse a oposição de embargos declaratórios, aplica-se o comando das Súmulas 282 e 356 do Supremo Tribunal Federal.

II - Não há falar em cerceamento de defesa, se o julgamento antecipado da lide decorreu da circunstância de ter o julgador considerado suficientemente provados os fatos alegados pelas partes.

III - Agravo improvido.”

(AgRg no Ag 746.469/MG, Rel. Ministro Castro Filho, Terceira Turma, julgado em 24.04.2007, DJ 21.05.2007 p. 572)

In casu, em que pese todos os argumentos expendidos pelo recorrente em suas razões recursais, mostra-se despicienda a produção de outras provas além das já existentes nos autos. É que, visando a revisar as cláusulas de Cédula de Crédito Rural, por entender serem abusivas, basta a juntada aos autos desse documento, não se vislumbrando imprescindibilidade na realização de perícia contábil. Nesse sentido, colaciona-se o seguinte entendimento do Eg. Superior Tribunal de Justiça, *in verbis*:

“RECURSO ESPECIAL. LEASING. AÇÃO DE REINTEGRAÇÃO DE POSSE. CERCEAMENTO DE DEFESA. PROVA PERICIAL. LIMITE DA DEFESA DO ARRENDATÁRIO.

1. Não há cerceamento de defesa nas circunstâncias do presente caso, sendo certo que eventuais abusos nas cláusulas contratuais podem ser aferidos sem a necessidade de perícia ou de oitiva de testemunhas.

2. Na ação de reintegração de posse, relativa a contrato de arrendamento mercantil, pode o arrendatário discutir a legalidade e abusividade de cláusulas contratuais.

3. Recurso especial conhecido e provido, em parte.”

(REsp 290.594/PR, Rel. Ministro Carlos Alberto Menezes Direito, Terceira Turma, julgado em 15.10.2001, DJ 04.02.2002 p. 348)

Por essas razões, afasta-se a preliminar de cerceamento de defesa alegada pelo recorrente, por inexistir afronta ao princípio da ampla defesa (CF, art. 5º, inc. LV), corolário do devido processo legal (CF, art. 5º, inc. LIV).

Ultrapassada essa questão prefacial, adentrar-se-á no mérito da presente lide, restringindo-se à análise dos pontos efetivamente impugnados pelo apelante, já que não cabe ao Tribunal ad quem conhecer de ofício questões relativas a possíveis abusos porventura cometidos por instituições financeiras quando da celebração de contratos bancários. A propósito:

“RECURSO ESPECIAL. CONTRATO. BANCÁRIO. REVISÃO. JURISPRUDÊNCIA. MORA. CARACTERIZAÇÃO. ENCARGOS REMUNERATÓRIOS.

1. Não é lícito ao Tribunal, no exame de apelação, apreciar de ofício o contrato, em busca de ilegalidades. Homenagem à máxima do *tantum devolutum quantum appellatum*.

.....”

(REsp 899.662/RS, Rel. Ministro Humberto Gomes de Barros, Terceira Turma, julgado em 14.08.2007, DJ 29.10.2007 p. 226)

Trata-se, no presente feito, acerca da possibilidade de o Judiciário poder ou não revisar acordos bancários, analisando as eventuais cláusulas abusivas insertas em instrumentos contratuais. Do mesmo modo, busca-se encontrar o equilíbrio entre os seguintes princípios em colisão: os princípios da autonomia da vontade e do *pacta sunt servanda* de um lado e, do outro, os princípios da proteção ao hipossuficiente e da isonomia nas relações contratuais.

As cláusulas contratuais em apreço fazem parte de um contrato de adesão, que, pela sua natureza, não pode ser discutido ou modificado pelo aderente. É de praxe encontrar-se eivado de imposições abusivas, que estabelecem vantagens desproporcionais em benefício da instituição bancária e em detrimento

de direitos básicos do consumidor, tornando, assim, desequilibrada a relação contratual.

Por isso, cumpre ao Estado preservar os princípios estabelecidos no art. 4º do Código de Defesa do Consumidor, devendo o Poder Judiciário, sempre que se deparar com práticas comerciais abusivas, que desrespeitem a dignidade e a segurança dos consumidores, fazer restabelecer o equilíbrio nas relações de consumo.

É cediço na doutrina e na jurisprudência que o princípio do *pacta sunt servanda* foi relativamente flexibilizado em face do que dispõe o art. 6º, incisos IV e V do CDC, que admitiu, explicitamente, a interferência do Poder Judiciário na revisão e modificação de cláusulas contratuais abusivas. O CDC reconheceu a vulnerabilidade do consumidor no mercado consumerista (art. 4º, I), determinando a intervenção do Estado nas relações de consumo, visando a preservar os princípios da boa-fé e do equilíbrio entre as partes (art. 4º, III).

Outrossim, não se deve olvidar das disposições do CDC relativas à proteção contratual, pois se trata de um contrato do tipo adesão, em que o aderente não tem o mínimo poder de discutir as suas cláusulas, devendo o Poder Judiciário analisar as cláusulas impostas unilateralmente a fim de evitar abusos contra a parte economicamente mais fraca e estabelecer o equânime equilíbrio entre ambas. Sob essa ótica e de acordo com o art. 47 do citado diploma legal, as cláusulas contratuais devem ser interpretadas da maneira mais favorável ao consumidor.

Percebe-se, portanto, ser admissível a flexibilização dos princípios *pacta sunt servanda* e autonomia da vontade das partes, e, por conseguinte, a revisão do contrato em tela, desde que cometidos abusos por parte da instituição financeira.

Feitas tais considerações, passa-se à análise pontual dos demais argumentos impostos no apelo recursal, envolvendo o estudo das cláusulas da referida cédula de crédito rural.

Primeiramente, vale mencionar que não há dúvidas acerca da aplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor (Lei n. 8.078/90, de 11 de setembro de 1990), aos contratos firmados com instituições financeiras, desde que celebrados posteriormente a sua entrada em vigor, conforme enuncia a Súmula 297, do C. Superior Tribunal de Justiça:

“Súmula 297. Aplicam-se às instituições financeiras as disposições do Código de Defesa do Consumidor.”

Com efeito, a entrada em vigor do CDC, que somente ocorreu 180 (cento e oitenta) dias após a sua publicação (D.O.U. 12/09/90), modernizou o ordenamento jurídico pátrio relativamente ao direito obrigacional, constituindo disciplina específica acerca dos direitos dos consumidores em relação aos fornecedores de produtos e serviços.

Relativamente ao alcance de tal regramento às instituições bancárias, o art. 3º, § 2º, do CDC, não deixa quaisquer dúvidas quando define aquelas como prestadoras de serviço, *in verbis*:

“Art. 3º, § 2º, CDC: Serviço é qualquer atividade fornecida no mercado de consumo, mediante remuneração, inclusive as de natureza bancária, financeira, de crédito e securitária, salvo as decorrentes das relações de caráter trabalhista”.

O Eg. Supremo Tribunal Federal, ao se manifestar acerca da constitucionalidade do referido dispositivo legal do Código de Defesa do Consumidor, reconheceu a possibilidade de instituições financeiras serem enquadradas como fornecedoras de serviço e, conseqüentemente, admitiu a aplicação do CDC nos contratos com elas firmados. Veja-se:

“EMENTA: CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. ART. 5º, XXXII, DA CB/88. ART. 170, V, DA CB/88. INSTITUIÇÕES FINANCEIRAS. SUJEIÇÃO DELAS AO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR, EXCLUÍDAS DE SUA ABRANGÊNCIA A DEFINIÇÃO DO CUSTO DAS OPERAÇÕES ATIVAS E A REMUNERAÇÃO DAS OPERAÇÕES PASSIVAS PRATICADAS NA EXPLORAÇÃO DA INTERMEDIÇÃO DE DINHEIRO NA ECONOMIA [ART. 3º, § 2º, DO CDC]. MOEDA E TAXA DE JUROS. DEVER-PODER DO BANCO CENTRAL DO BRASIL. SUJEIÇÃO AO CÓDIGO CIVIL.

1. As instituições financeiras estão, todas elas, alcançadas pela incidência das normas veiculadas pelo Código de Defesa do Consumidor.

2. “Consumidor”, para os efeitos do Código de Defesa do Consumidor, é toda pessoa física ou jurídica que utiliza, como

destinatário final, atividade bancária, financeira e de crédito.

3. O preceito veiculado pelo art. 3º, § 2º, do Código de Defesa do Consumidor deve ser interpretado em coerência com a Constituição, o que importa em que o custo das operações ativas e a remuneração das operações passivas praticadas por instituições financeiras na exploração da intermediação de dinheiro na economia estejam excluídas da sua abrangência.”

(STF, ADI 2591, Rel. Min. Carlos Velloso, Relator(a) p/ Acórdão: Min. Eros Grau, Julgamento: 07/06/2006, Órgão Julgador: Tribunal Pleno, DJ: 29-09-2006 PP-00031)

Na hipótese, em que se tem Cédula de Crédito Rural, também é entendimento assente que devem incidir as normas consumeristas:

“CIVIL. CONTRATO BANCÁRIO. EXECUÇÃO. CÉDULA RURAL. CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. INCIDÊNCIA. SÚMULA N. 297/STJ. MULTA MORATÓRIA. REDUÇÃO PARA 2%. SÚMULA N. 285 e 7/STJ.

I. Nos termos da Súmula 297/STJ, aplica-se o Código de Defesa do Consumidor às instituições financeiras.

II. A jurisprudência desta Corte tem admitido a incidência da Lei nº 8.078/90 também aos contratos de cédula de crédito rural. Precedentes: AgR-REsp n. 292.571/MG, Rel. Min. Castro Filho, DJ 06.05.2002 p. 286; REsp n. 337.957/RS, de minha relatoria, DJ 10.02.2003 p. 214; REsp n. 586.634/MT, Rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, DJ 17.12.2004 p. 531; AgRg no RESP 671866/SP, Rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, DJ 09.05.2005 p. 402; AgRg no AG 431239/GO, Rel. Min. Antônio de Pádua Ribeiro, DJ 01.02.2005 p. 538.

III. Redução da multa moratória para 2% (Súmula n. 285/STJ).

IV. Agravo improvido.”

(AgRg no REsp 794.526/MA, Rel. Ministro Aldir Passarinho Junior, Quarta Turma, julgado em 16.03.2006, DJ 24.04.2006 p. 409)

Ressalta-se que, mesmo tendo sido a Cédula de Crédito Rural em tela emitida antes da entrada em vigor do CDC, deve incidir na hipótese, haja

vista terem as partes celebrado aditivo contratual (fls. 62/63), averbado em 09/08/1995, ou seja, posteriormente à edição do CDC, cuja finalidade consistiu em alterar determinadas cláusulas contratuais, dentre elas algumas relativas aos encargos incidentes sobre o débito, os quais pretende o promovente revisar através desta ação.

Em que pese ser aplicável às Cédulas de Crédito Rural o Código de Defesa do Consumidor, deve-se lembrar que esse título de crédito é disciplinado pelo Decreto-lei n. 167/67, que dispõe sobre títulos de crédito rural e dá outras providências, não se lhes aplicando a Lei n. 4.595/64, que, ademais, é-lhe posterior. Assim, impõe-se, primeiramente, a observância da legislação específica (Decreto-lei n. 167/67), deixando de aplicá-la, apenas, quando manifesta violação às normas consumeristas.

De fato, no que tange aos juros remuneratórios, é pacífico no C. Superior Tribunal de Justiça (entendimento pacificado pela Segunda Seção) que a Lei n. 4.595/64 não incide nas Cédulas de Crédito Comercial, Industrial e Rural, devendo ser aplicada a respectiva legislação específica (no caso de Cédula de Crédito Rural, o Decreto-lei n. 167/67, art. 5º, em seguida transcrito):

“AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. CONTRATO BANCÁRIO. ABERTURA DE CRÉDITO FIXO. JUROS REMUNERATÓRIOS. CÉDULA DE CRÉDITO. FUNDAMENTAÇÃO DIVERSA. JUROS REMUNERATÓRIOS. CONSELHO MONETÁRIO NACIONAL. FIXAÇÃO. AUSÊNCIA. LIMITAÇÃO. AGRAVO IMPROVIDO.

1. Esta Corte é uníssona no entender que as cédulas de crédito rural, comercial e industrial não se submetem ao regramento da Lei nº 4.595/64, porquanto o artigo 5º, da Lei nº 6.840/80, estendeu às notas de crédito a disposição contida no artigo 5º, do Decreto-Lei nº 413/69, no sentido de que compete ao Conselho Monetário Nacional a fixação da taxa de juros; desse modo, ante a ausência de expressa deliberação do Conselho Monetário Nacional, os juros remuneratórios não podem ser pactuados em patamar superior a 12% ao ano, nos termos do artigo 1º, do Decreto nº 22.626/33 (Lei da Usura).

2. Todavia, na espécie, não se discute a revisão de cédula de crédito; mas, sim, de contrato bancário de abertura de crédito fixo, no qual

a taxa de juros remuneratórios pactuada, segundo pacífico entendimento deste Sodalício, somente pode ser alterada após demonstração cabal da sua abusividade, em relação à taxa média de mercado, o que não ocorre no caso vertente, incidindo a disposição contida no Enunciado nº 596, da Súmula do eg. Supremo Tribunal Federal.

3. Agravo regimental improvido.”

(AgRg no REsp 975.396/RS, Rel. Ministro Hélio Quaglia Barbosa, Quarta Turma, julgado em 09.10.2007, DJ 29.10.2007 p. 275)

Assim, no que tange aos juros pactuados, aplica-se o art. 5º, do Decreto-lei n. 167/67, abaixo transcrito, que confere ao Conselho Monetário Nacional o dever de fixá-los. Sendo esse órgão omissos, há de se aplicar o Decreto n. 22.626/33 (Lei da Usura), limitando-se os juros ao percentual de 12% ao ano, não alcançando, por conseguinte, a cédula de crédito rural o entendimento jurisprudencial consolidado na Súmula 596 do STF, que se dirige exclusivamente à Lei 4.595/64:

“Art. 5º. As importâncias fornecidas pelo financiador vencerão juros as taxas que o Conselho Monetário Nacional fixar e serão exigíveis em 30 de junho e 31 de dezembro ou no vencimento das prestações, se assim acordado entre as partes; no vencimento do título e na liquidação, por outra forma que vier a ser determinada por aquele Conselho, podendo o financiador, nas datas previstas, capitalizar tais encargos na conta vinculada a operação.

Parágrafo único. Em caso de mora, a taxa de juros constante da cédula será elevável de 1% (um por cento) ao ano.”

Corroborando com esse entendimento o C. Superior Tribunal de Justiça, conforme se exemplifica através do seguinte aresto:

“CÉDULA DE CRÉDITO RURAL. AUSÊNCIA DE OFENSA AO ARTIGO 535 DO CPC. JUROS REMUNERATÓRIOS. LIMITADOS A 12% A.A. HONORÁRIOS DE SUCUMBÊNCIA. ART. 20, § 4º, DO CPC. VALOR IRRISÓRIO. REVISÃO.

POSSIBILIDADE.

- Não há ofensa ao Art. 535 do CPC se, embora rejeitando os embargos de declaração, o acórdão recorrido examinou todas as questões pertinentes.

- Os juros remuneratórios a serem cobrados nas cédulas de crédito rural estão limitados a 12% a.a.

- É possível a revisão do arbitramento de honorários se o valor for irrisório, a ponto de ofender a equidade e o Art. 20, § 4º, do CPC.” (STJ. REsp 887.034/DF, Rel. Ministro Humberto Gomes de Barros, Terceira Turma, julgado em 19.12.2007, DJ 08.02.2008 p. 1)

Assim, de fato, como bem entende o apelante, os juros remuneratórios, no caso de Cédula de Crédito Rural, não podem ser pactuados em percentual superior a 12% ao ano.

Ocorre que, da análise do documento de fls. 54/59, precisamente da CLÁUSULA TAXA DE JUROS, constata-se que os juros foram estipulados no percentual de 8% (oito por cento) ao ano, não havendo, portanto, qualquer ilegalidade nessa cláusula contratual, motivo pelo qual se rejeita o apelo nessa parte.

No que concerne à incidência da capitalização de juros, também não merece prosperar os argumentos do promovente.

A capitalização de juros foi expressamente vedada com a edição do Decreto n. 22.626, de 07 de abril de 1933, conforme se afere do dispositivo abaixo transcrito:

“Art. 4º, do Decreto-Lei nº 22.626/33: E proibido contar juros dos juros: esta proibição não compreende a acumulação de juros vencidos aos saldos líquidos em conta corrente de ano a ano.”.

Nesse mesmo sentido, posicionou-se o C. STF, conforme o seguinte enunciado sumulado:

“Súmula 121, STF - É vedada a capitalização de juros, ainda que expressamente convencionada.”

Em que pese acarretar, entretanto, o aumento excessivo do valor

devido e ser expressamente proibida pelo art. 4º da Lei da Usura (Decreto n. 22.626/33), que, ressalte-se, permaneceu em vigor mesmo com a edição da Lei n. 4.595/64, a capitalização não é totalmente vedada pelo ordenamento jurídico pátrio, existindo certas situações em que há previsão legal acerca da possibilidade de ocorrência do anatocismo, cuja legalidade é reconhecida, inclusive, pelos tribunais pátrios:

“AGRAVO INTERNO. RECURSO ESPECIAL. CONTRATO DE ARRENDAMENTO MERCANTIL. ANTECIPAÇÃO DO VRG. TAXA DE JUROS. ABUSIVIDADE. LEI 4.595/64. LEGISLAÇÃO ESPECÍFICA CAPITALIZAÇÃO. CABIMENTO. JUROS DE MORA. 1% AO MÊS. COMISSÃO DE PERMANÊNCIA. COBRANÇA. ADMISSIBILIDADE.

I - A antecipação do valor residual garantido não desnatura o contrato de *leasing* (Súmula 293/STJ).

II - Os juros pactuados em limite superior a 12% ao ano não afrontam a lei; somente são considerados abusivos quando comprovado que discrepantes em relação à taxa de mercado, após vencida a obrigação. Destarte, embora incidente o diploma consumerista aos contratos bancários, preponderam, no que se refere à taxa de juros, a Lei 4.595/64 e a Súmula 596/STF.

III - A capitalização mensal dos juros somente é possível quando pactuada e desde que haja legislação específica que a autorize.

(AgRg no REsp 768.768/RS, Rel. Ministro Castro Filho, Terceira Turma, julgado em 14.06.2007, DJ 01.08.2007 p. 460)

“CIVIL E PROCESSUAL. CONTRATO DE EMPRÉSTIMO. COMISSÃO DE PERMANÊNCIA. NÃO COMPROVAÇÃO. SÚMULAS N. 5 E 7/STJ. RECURSO ESPECIAL. NORMATIVOS HIERARQUICAMENTE INFERIORES AO DECRETO. CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. REVISÃO DO CONTRATO. APLICABILIDADE. ENTIDADE DE PREVIDÊNCIA PRIVADA. INSTITUIÇÃO FINANCEIRA. LEI N. 8.177/91, ART. 29. JUROS. LIMITAÇÃO (12% AA). LEI DE USURA (DECRETO N. 22.626/33). NÃO INCIDÊNCIA. APLICAÇÃO DA LEI N. 4.595/64.

DISCIPLINAMENTO LEGISLATIVO POSTERIOR. SÚMULA N. 596-STF. INEXISTÊNCIA DE ONEROSIDADE EXCESSIVA. CAPITALIZAÇÃO DOS JUROS. VEDAÇÃO. LEI DE USURA (DECRETO N. 22.626/33). SÚMULA N. 121-STF.

VI. Nos contratos firmados por instituições integrantes do Sistema Financeiro Nacional, ainda que expressamente pactuada, é vedada a capitalização dos juros, somente admitida nos casos previstos em lei, hipótese diversa dos autos. Incidência do art. 4º do Decreto n. 22.626/33 e da Súmula n. 121-STF.

VII. Recurso especial conhecido em parte e, nessa parte, parcialmente provido.”

(REsp 532.966/RS, Rel. Ministro Aldir Passarinho Junior, Quarta Turma, julgado em 25.05.2004, DJ 16.08.2004 p. 263)

De fato, nos termos da Súmula 596 do C. STF, a vedação da capitalização dos juros não atinge os contratos celebrados por instituições financeiras integrantes do Sistema Financeiro Nacional.

Embora pareçam conflitantes ambos os enunciados sumulados citados (Súmula 121-STF e 596-STF), eles convivem harmonicamente no ordenamento jurídico, por se referirem a dispositivos diversos da Lei da Usura. Para fins de melhor entendimento acerca do assunto, trazem-se à baila as seguintes palavras do Ministro Sálvio de Figueiredo, no julgamento do RESP 1285 – GO, em 14 de novembro de 1989:

“Com efeito, ao contrário do que proclamou o r. aresto estadual, a súmula 121 não está superada pela de nº 596. (...) Enquanto o enunciado nº 596 se refere ao art. 1º do Decreto nº 22.626/33 o verbete 121 se apóia no art. 4º do mesmo diploma, guardando sintonia com a regra que veda o anatocismo, ou seja, juros de juros ou capitalização de juros.”

Hodiernamente, mantém-se o entendimento de que as súmulas em questão não guardam incompatibilidade entre si:

“REVISÃO DE CONTRATO BANCÁRIO. EMPRÉSTIMO

PESSOAL PARCELADO. APLICAÇÃO DO CDC. CAPITALIZAÇÃO MENSAL. IMPOSSIBILIDADE DE REVISÃO DE OFÍCIO. JUROS REMUNERATÓRIOS. COMISSÃO DE PERMANÊNCIA. INSCRIÇÃO DO NOME DO DEVEDOR NO SERVIÇO DE PROTEÇÃO AO CRÉDITO. CARACTERIZAÇÃO DA MORA.

1 - “O Código de Defesa do Consumidor é aplicável às instituições financeiras” (Súmula 297-STJ).

5 - “A capitalização de juros (juros de juros) é vedada pelo nosso direito, mesmo quando expressamente convencionada, não tendo sido revogada a regra do art. 4º do Decreto nº 22.626/33 pela Lei nº 4.595/64. O anatocismo, repudiado pelo verbete nº 121 da Súmula do Supremo Tribunal Federal, não guarda relação com o enunciado nº 596 da mesma Súmula.” (REsp n. 1.285-GO, relator Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira).

(REsp 677.679/RS, Rel. Ministro Barros Monteiro, Quarta Turma, julgado em 13.12.2005, DJ 03.04.2006 p. 356)

Do exposto, afere-se que é vedada a capitalização dos juros, alcançando, inclusive, instituições financeiras, ainda que pactuada, ressalvando-se os casos em que haja previsão legal, devendo, nessas hipóteses, estar expressamente prevista no contrato.

Na hipótese, a legislação ressalva claramente a possibilidade da capitalização mensal de juros, conforme se afere do art. 5º, parte final, do Decreto-lei n. 167/67, anteriormente transcrito. Assim, admissível a incidência desse encargo *in casu*.

O C. Superior Tribunal de Justiça, a propósito, editou a Súmula 93, cujo entendimento se mantém hodiernamente:

“AGRAVO REGIMENTAL. CÉDULA DE CRÉDITO RURAL. TJLP. CORREÇÃO MONETÁRIA. CAPITALIZAÇÃO MENSAL. POSSIBILIDADE. MULTA MORATÓRIA. REDUÇÃO. IMPOSSIBILIDADE.

- A Taxa de Juros de Longo Prazo (TJLP) pode ser utilizada como indexador de correção monetária nos contratos bancários.

- É permitido nas cédulas de crédito rural o pacto de capitalização mensal dos juros (Súmula 93).
- A redução da multa para 2%, como definido pela Lei 9.298/96, só é possível nos contratos celebrados após a sua vigência. (Súmula 296)”
(AgRg no Ag 797.953/SC, Rel. Ministro Humberto Gomes de Barros, Terceira Turma, julgado em 18.10.2007, DJ 31.10.2007 p. 322)

Dessa forma, desacolhe-se o pleito recursal relativo à capitalização de juros.

Discute-se, ainda, nos autos, como consta da inicial, embora se refira o apelante à Taxa Referencial – TR, a legalidade da Taxa de Juros de Longo Prazo – TJLP, quando utilizada como indexador de atualização monetária.

Esse tema encontra-se, também, pacificado no C. Superior Tribunal de Justiça, na Súmula 288, não havendo necessidade de se fazer maiores digressões a respeito:

“Súmula n. 288. A Taxa de Juros de Longo Prazo pode ser utilizada como indexador de correção monetária nos contratos bancários.”

Embora o enunciado sumulado supratranscrito se refira genericamente a contratos bancários, não há nenhum óbice a sua aplicação às Cédulas de Crédito Rural, conforme vem entendendo os tribunais pátrios:

“PROCESSUAL CIVIL E COMERCIAL. CÉDULAS RURAIS. AGRAVO REGIMENTAL. CAPITALIZAÇÃO MENSAL DOS JUROS. SÚMULA N. 93-STJ. MULTA MORATÓRIA. CONTRATO ANTERIOR À LEI N. 9.298/1996. INCIDÊNCIA NO PERCENTUAL PACTUADO. TEMAS PACIFICADOS.

I. Admissível a capitalização mensal de juros quando expressamente pactuada, ao teor da Súmula n. 93 desta Corte.

II. “Nos contratos bancários posteriores ao Código de Defesa do Consumidor incide a multa moratória nele prevista” (Súmula n. 285-STJ).

III. Ausência de vedação legal para utilização da TJLP como

indexador de cédula rural, desde que livremente pactuada.

IV. Agravo improvido.”

(AgRg no REsp 829.710/SC, Rel. Ministro Aldir Passarinho Junior, Quarta Turma, julgado em 20.03.2007, DJ 07.05.2007 p. 331)

In casu, por sua vez, conforme se afere da cláusula CORREÇÃO MONETÁRIA (fls. 55), foi estabelecido o IPC – Índice de Preço do Consumidor ou o IPR – Índice de Preço Recebidos pelo Produtor, como fator de atualização monetária. Como não houve qualquer impugnação expressa a esses índices, devem ser mantidos.

Ainda no que pertine aos encargos contratuais, impugna o promovente os decorrentes do inadimplemento, tais como os juros moratórios e a multa contratual.

Quanto aos juros moratórios, de fato, a referida cédula de crédito rural não está em consonância com a legislação aplicável. É que o art. 5º, parágrafo único, do Decreto-lei n. 167/67, acima transcrito, é expresso em só autorizar, no caso de mora, a cobrança de juros de 1% ao ano, sendo que o documento em questão estabelece o percentual de 1% ao mês:

Nesse sentido, o aresto abaixo, *in verbis*:

“AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL - CÉDULA DE CRÉDITO RURAL - FALTA DE FUNDAMENTAÇÃO - IMPROCEDÊNCIA - JULGAMENTO *ULTRA PETITA* - INOCORRÊNCIA - JUROS REMUNERATÓRIOS - TETO DE 12% AO ANO - FUNDAMENTOS CONSTITUCIONAIS INATACADOS - SÚMULA 126/STJ - APLICAÇÃO DA TR - AUSÊNCIA DE INTERESSE RECURSAL - JUROS MORATÓRIOS - LIMITAÇÃO A 1% AO ANO - LEGISLAÇÃO ESPECÍFICA - DESPROVIMENTO.

.....
5 - Por fim, no que tange aos juros moratórios, a jurisprudência desta Corte já sedimentou-se no sentido de que nas cédulas de crédito rural, regidas por legislação específica, a cobrança dos juros de inadimplência somente poderá ser elevável de 1% ao ano, conforme o estipulado no art. 5º, parágrafo único, do Decreto-Lei 167/67.

6 - Agravo Regimental desprovido.

(STJ. AgRg no REsp 557.438/MG, Rel. Ministro Jorge Scartezzini, Quarta Turma, julgado em 28.06.2005, DJ 15.08.2005 p. 320)

Dessa forma, nesse ponto, acolhe-se o apelo.

Quanto à multa moratória, algumas considerações são pertinentes.

Analisando-se a incidência da multa moratória, o Eg. Superior Tribunal de Justiça editou a Súmula 285, estabelecendo que “nos contratos bancários posteriores ao Código de Defesa do Consumidor incide a multa moratória nele prevista”.

O art. 52, § 1º, da Lei n. 8.078/90, que instituiu o Código de Defesa do Consumidor, em sua redação originária, estabelecia que a multa de mora decorrente do inadimplemento do devedor não poderia ser superior a dez por cento do valor da prestação. Tal dispositivo legal somente foi alterado pela Lei n. 9.298, de 01/08/1996, que substituiu o percentual por dois por cento.

Em face do princípio *tempus regit actum*, há de se aplicar ao caso a legislação vigente à época da celebração do contrato.

Corroborando o entendimento exposto, o seguinte aresto do Eg. Superior Tribunal de Justiça:

“RECURSO ESPECIAL – COMERCIAL – EMBARGOS À EXECUÇÃO – CÉDULA RURAL PIGNORATÍCIA E HIPOTECÁRIA – PREQUESTIONAMENTO – EXPRESSA MENÇÃO AOS DISPOSITIVOS SUSCITADOS PELA PARTE – DESNECESSIDADE – AUSÊNCIA DE OMISSÃO OU OBSCURIDADE – LIVRE CONVENCIMENTO FUNDAMENTADO – OCORRÊNCIA – CAPITALIZAÇÃO MENSAL DOS JUROS – DETERMINAÇÃO DO MONTANTE DA PACTUAÇÃO – ANÁLISE – IMPOSSIBILIDADE – CONTRATO – EFEITOS PRODUZIDOS NA VIGÊNCIA DE LEI ANTERIOR AO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR – LEGISLAÇÃO CONSUMERISTA – NORMA DE ORDEM PÚBLICA – RETROAÇÃO – IMPOSSIBILIDADE – APLICAÇÃO DA LEI N. 9.298/96 – FRACIONAMENTO NO TEMPO – REDUÇÃO PROPORCIONAL DE MULTA CONTRATUAL – IMPOSSIBILIDADE – MULTA MORATÓRIA – 10% – APLICAÇÃO – POSSIBILIDADE.

IV – Legítima é a cobrança da multa de 10% prevista no contrato, no caso de inadimplemento da obrigação, firmado antes da vigência da Lei n. 9.298/96, que modificou o Código de Defesa do Consumidor, uma vez que a redução da multa para 2% (tal como definida na Lei n. 9.298/96) somente é cabível nos contratos celebrados após sua vigência, o que não se configura nos autos.”

V – Recurso Especial Conhecido e Provido.”

(REsp 570.755/PR, Rel. Ministro MASSAMI UYEDA, QUARTA TURMA, julgado em 17.10.2006, DJ 18.12.2006 p. 400)

Na hipótese, a Cédula de Crédito Rural, celebrada em 28/12/1990, e o aditivo, em 05/07/1995, são anteriores à edição da Lei n. 9.298/96, sendo, portanto, admissível a incidência da multa moratória no percentual de 10% sobre as parcelas em atraso.

Por fim, para finalizar o exame das cláusulas contratuais impugnadas pelo apelante, que, supostamente, teriam acarretado o aumento excessivo do *quantum debeatur*, apreciar-se-á a legalidade da pactuação da comissão de permanência.

Em se tratando de cédula de crédito rural, regulamentada, como visto, pelo Decreto-lei n. 167/67, é vedada a incidência da comissão de permanência. É que a legislação aplicável não prevê a cobrança, no inadimplemento, desse encargo, estabelecendo apenas a contagem de juros de mora e multa contratual, conforme se exemplifica através do aresto do C. Superior Tribunal de Justiça:

“AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO QUE NÃO LOGRA INFIRMAR OS FUNDAMENTOS DA DECISÃO AGRAVADA. CÉDULA DE CRÉDITO RURAL. COMISSÃO DE PERMANÊNCIA. IMPOSSIBILIDADE. JUROS DE MORA. JUROS REMUNERATÓRIOS. LIMITAÇÃO. ART. 1.714 DO CC. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. SÚMULAS NS. 282 E 356 DO STF. FUNDAMENTO CONSTITUCIONAL INATACADO. SÚMULA N. 126 DO STJ.

1. Mantém-se na íntegra a decisão agravada quando não infirmados seus fundamentos.

2. É descabida a pactuação da comissão de permanência nas cédulas

de crédito rural.

3. A taxa de juros em caso de mora, poderá ser elevada no máximo a 1% a.a., nos termos do parágrafo único do artigo 5º do Decreto-Lei n. 167/67.

4. Os juros remuneratórios que incidirem nas cédulas de crédito rural estão limitados ao patamar de 12% ao ano, nos termos do art. 1º, do Decreto n. 22.626/33 (Lei da Usura).

5. O prequestionamento dos dispositivos legais tidos como violados é requisito indispensável à admissibilidade do recurso especial.

6. “É inadmissível recurso especial, quando o acórdão recorrido assenta em fundamentos constitucional e infraconstitucional, qualquer deles suficiente, por si só, para mantê-lo, e a parte vencida não manifesta recurso extraordinário” – Súmula n. 126 do STJ.

7. Agravo regimental improvido.”

(STJ. AgRg no Ag 884.703/MG, Rel. Ministro João Otávio de Noronha, Quarta Turma, julg. em 20.11.2007, DJ 11.02.2008 p. 1)

Ademais, a comissão de permanência foi instituída com o fito de compensar possível desvalorização da moeda, bem como remunerar o banco mutuante, quando não havia previsão legal de correção monetária, sendo composta, assim, essencialmente, por juros de mercado, mais percentual compensador de perdas inflacionárias previstas, o que caracteriza seu duplo objetivo.

Percebe-se, assim, que, como visa a comissão de permanência também atualizar monetariamente o crédito, é inadmissível a sua cumulação com cláusulas referentes à imposição de correção monetária. Ressalte-se, entretanto, que a incompatibilidade de que ora se trata resfere-se, apenas, à impossibilidade de fazer cumular sobre o crédito, no mesmo período, a comissão de permanência e a correção monetária, pois aquele encargo poderá incidir desde que reste caracterizado o inadimplemento do devedor e, nesse período, não haja incidência concomitante de índice de correção monetária.

De fato, o Eg. Superior Tribunal de Justiça tem adotado como posicionamento a impossibilidade da cumulação da comissão de permanência, que só pode incidir quando caracterizada a inadimplência do devedor, com a correção monetária quando do descumprimento, pelo contratante, de cláusula contratual, configurando inadimplemento:

“AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL.
CONTRATO BANCÁRIO. REVISÃO CONTRATUAL.

POSSIBILIDADE. COMISSÃO DE PERMANÊNCIA. CUMULAÇÃO COM DEMAIS ENCARGOS MORATÓRIOS. IMPOSSIBILIDADE. AGRAVO REGIMENTAL IMPROVIDO.

1. É possível ao magistrado manifestar-se sobre eventuais cláusulas abusivas do contrato bancário, diante da incidência do Código de Defesa do Consumidor, relativizando o princípio do pacta sunt servanda (cf. AgRg no Resp 732.179, Quarta Turma, Rel. Min. Jorge Scartezini, DJ 15.05.06).

2. Segundo o entendimento pacificado na 2ª Seção (AgR-REsp n. 706.368/RS, relatora Ministra Nancy Andrighi, unânime, DJU de 08.08.2005), a comissão de permanência não pode ser cumulada com quaisquer outros encargos remuneratórios ou moratórios que, previstos para a situação de inadimplência, criam incompatibilidade para o deferimento desta parcela. Constatada a presença da correção monetária, multa contratual e juros moratórios para o período de inadimplência, inviável a concessão da comissão de permanência conforme contratada.

3. Agravo regimental improvido.”

(AgRg no REsp 849.442/RS, Rel. Ministro Hélio Quaglia Barbosa, Quarta Turma, julgado em 22.05.2007, DJ 04.06.2007 p. 368)

Para que não restem dúvidas acerca da ilegalidade da cláusula contratual que prevê a cumulação da correção monetária com comissão de permanência, para o período de inadimplemento, há de se mencionar a Súmula 30 do Superior Tribunal de Justiça, que trata sobre o tema acima aludido, senão veja-se:

”Súmula 30 - STJ: A comissão de permanência e a correção monetária são inacumuláveis”.

Percebe-se, portanto, que, para o mesmo período, não é admitida a cobrança simultânea de ambas. Portanto, admissível a aplicação de uma ou de outra, desde que durante o período do inadimplemento.

Lembre-se, ainda, por relevante, ser também inadmissível a cobrança cumulada de comissão de permanência com juros remuneratórios e moratórios e multa contratual.

De fato, a comissão de permanência também tem como finalidade remunerar o banco mutuante. Assim, os juros remuneratórios e a comissão de permanência, após o vencimento da obrigação, são encargos legais, não se

podendo cobrá-los, entretanto, cumulativamente, no mesmo período de inadimplência. Caso se entendesse pela possibilidade de instituição de comissão de permanência e juros remuneratórios, haveria dupla cobrança de juros de natureza remuneratória, implicando, assim, enriquecimento indevido e o replicado anatocismo, o que é repelido pelo ordenamento jurídico pátrio.

Nesse sentido, também se posicionou o C. Superior Tribunal de Justiça:

“Súmula 296 – STJ: Os juros remuneratórios, não cumuláveis com a comissão de permanência, são devidos no período de inadimplência, à taxa média de mercado estipulada pelo Banco Central do Brasil, limitada ao percentual contratado.”

No que tange aos juros moratórios e multa contratual, também o C. Superior Tribunal de Justiça tem negado a cumulação da comissão de permanência com os juros moratórios e multas contratuais. A aplicação de comissão de permanência, isoladamente, também exerce função de juros moratórios, na medida em que impele o devedor a cumprir as obrigações avençadas e, dessa forma, inibe a que incida ou permaneça em mora. Essa cumulação, por si só, já acarreta o aumento excessivo da dívida contraída. Veja-se:

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL.
CONTRATO BANCÁRIO. REVISÃO CONTRATUAL.
POSSIBILIDADE. CAPITALIZAÇÃO MENSAL DOS JUROS.
POSSIBILIDADE APENAS EM RELAÇÃO AOS CONTRATOS
FIRMADOS APÓS A MP N.º 2.170/2000. REEXAME FÁTICO-
PROBATÓRIO. COMISSÃO DE PERMANÊNCIA.
CUMULAÇÃO COM OUTROS ENCARGOS.
IMPOSSIBILIDADE. REPETIÇÃO DO INDÉBITO E
COMPENSAÇÃO. POSSIBILIDADE. AGRAVO IMPROVIDO.

.....
3. A comissão de permanência é admitida durante o período de inadimplemento contratual, não podendo, contudo, ser cumulada com a correção monetária (Súmula 30/STJ), com os juros remuneratórios (Súmula 296/STJ) e moratórios, nem com a multa contratual; na espécie, incidindo correção monetária, multa e juros moratórios, mantém-se o afastamento da comissão de permanência.
4. A compensação de valores e a repetição de indébito são cabíveis sempre que verificado o pagamento indevido, em repúdio ao

enriquecimento ilícito de quem o receber, independentemente da comprovação do erro.

5. Agravo improvido.

(AgRg no REsp 850.739/RS, Rel. Ministro Hélio Quaglia Barbosa, Quarta Turma, julgado em 22.05.2007, DJ 04.06.2007 p. 369)

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL. CONTRATO DE FINANCIAMENTO COM GARANTIA DE ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA. JUROS REMUNERATÓRIOS E CAPITALIZAÇÃO MENSAL. MATÉRIAS NÃO CONHECIDAS. EMISSÃO DE TÍTULO DE CRÉDITO E PROTESTO. QUESTIONAMENTO. AUSÊNCIA. APRECIÇÃO IMPOSSÍVEL NO STJ. ENCARGO INDEVIDAMENTE COBRADO. DESCARACTERIZAÇÃO DA MORA. COMISSÃO DE PERMANÊNCIA. INACUMULABILIDADE COM QUAISQUER OUTROS ENCARGOS REMUNERATÓRIOS OU MORATÓRIOS. COMPENSAÇÃO/ RESTITUIÇÃO DO INDÉBITO. PERMISSÃO. PACIFICAÇÃO DOS TEMAS. RECURSO MANIFESTAMENTE IMPROCEDENTE. MULTA, ART. 557, § 2º, DO CPC.

III. Segundo o entendimento pacificado na e. 2ª Seção (AgR-REsp n. 706.368/RS, relatora Ministra Nancy Andrighi, unânime, DJU de 08.08.2005), a comissão de permanência não pode ser cumulada com quaisquer outros encargos remuneratórios ou moratórios que, previstos para a situação de inadimplência, criam incompatibilidade para o deferimento desta parcela.

VI. Agravo improvido.

(AgRg no REsp 932.035/RS, Rel. Ministro Aldir Passarinho Junior, Quarta Turma, julgado em 17.05.2007, DJ 06.08.2007 p. 533)

Assim, ou se aplica isoladamente a comissão de permanência, ou se estipula, cumulativamente, juros remuneratórios e moratórios, multa contratual e correção monetária.

O contrato que ora se analisa estabeleceu, dentre suas cláusulas, a cumulação da comissão de permanência com outros encargos contratuais decorrentes do inadimplemento. Tal cláusula contratual é potestativa e abusiva, pelos motivos retro-expostos, já que instituída juntamente com outros encargos,

em decorrência do mero arbítrio da instituição financeira, onerando excessivamente o consumidor. Assim, deve-se afastar a comissão de permanência, mantendo-se os demais encargos.

Isto posto, com arrimo nos argumentos retro-expendidos, admitindo-se a possibilidade de revisão contratual pelo Judiciário, em face da flexibilização do princípio *pacta sunt servanda* e da aplicação do CDC, conheço da apelação interposta, dando-lhe parcial provimento, reformando a r. sentença *a quo*, para: a) não acatar o pedido de nulidade da r. sentença recorrida, por não ter restado caracterizado cerceamento de defesa; b) limitar os juros ao percentual de 12% ao ano, entendendo válida a cláusula contratual que estabeleceu, na hipótese, juros remuneratórios no percentual de 8% ao ano; c) admitir a incidência da capitalização de juros no contrato em tela, em face da previsão legal constante do art. 5º, *caput*, parte final, do Decreto-lei n. 167/67, que rege as Cédulas de Crédito Rural; d) admitir a observância dos índices de correção monetária pactuados (IPC ou IPR), já que não foram impugnados; e) autorizar a incidência de juros moratórios no percentual de 1% ao ano (Decreto-lei n. 167/67, art. 5º, parágrafo único); f) admitir a cobrança de multa moratória no percentual de 10%, por ter sido o contrato celebrado anteriormente ao advento da Lei n. 9.298/96; g) afastar a cobrança da comissão de permanência, haja vista a vedação legal, bem como diante da impossibilidade da sua cobrança cumulada com juros remuneratórios, moratórios e multa contratual; e h) no que tange aos encargos sucumbenciais, estabelecer que os honorários advocatícios ficam fixados no percentual de 10% sobre a sucumbência de cada parte, de conformidade com a Súmula 306 do STJ e com o art. 21 do CPC e as custas *pro-rata*.

É como voto.

Fortaleza, 16 de abril de 2008.

Remessa Oficial: Juiz de Direito da 7ª Vara da Fazenda Pública
Apelação Cível n.º 2000.0119.6813-4/1
Apelante: Estado do Ceará
Apelada: MARIA SOBREIRA ROCHA
Relator: Desembargador Ademar Mendes Bezerra
ÓRGÃO JULGADOR: 2ª CÂMARA CÍVEL

EMENTA: PROCESSO CIVIL E ADMINISTRATIVO. APELAÇÃO CÍVEL E REMESSA OBRIGATÓRIA. DESCONTOS DE CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA QUANDO JÁ IMPLEMENTADOS TODOS OS REQUISITOS PARA A CONCESSÃO DA APOSENTADORIA. INADMISSIBILIDADE. APLICAÇÃO DA EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 20/1998.

-Tendo o servidor preenchido todos os requisitos necessários ao reconhecimento da aposentadoria, estando inclusive afastado do serviço, não é válida a persistência do desconto de contribuição previdenciária, no sistema vigente anterior à Emenda Constitucional nº 41/2003, ainda mais quando a demora na publicação da aposentadoria se deve, unicamente, à Administração.

-Após o advento da Emenda Constitucional nº 20/98, restou pacífico o entendimento de não ser possível o desconto previdenciário dos servidores que já obtiveram, à época, os requisitos para a aposentadoria, situação que somente foi alterada por conduto da aprovação da Emenda Constitucional nº 41/03.

-Precedentes desta colenda Corte de Justiça.

-Apelação e remessa oficial parcialmente providas.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de Apelação Cível n.º 2000.0119.6813-4/1, em que figuram as partes acima indicadas. Acorda a Segunda Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Ceará, em julgamento unânime, conhecer para dar parcial provimento ao recurso e à remessa, nos termos do voto do Relator.

Fortaleza, 27 de agosto de 2008.

RELATÓRIO

Cuidam os presentes autos de remessa oficial e apelação cível interposta pelo Estado do Ceará em face de decisão definitiva, a qual reconheceu a

impossibilidade de descontos previdenciários na folha de pagamento da parte recorrida, relativos à contribuição previdenciária, determinando a devolução do indébito tributário, por ter a mesma implementado todos os requisitos para a aposentadoria, tendo inclusive se afastado do serviço público, cujo correlativo processo não foi finalizado em razão da demora da Administração Pública, ressalvadas, apenas, as prestações antes do quinquênio anterior à proposição da ação, que foram atingidas pela prescrição.

Em suas razões de apelação, fls. 42/56, o Estado do Ceará argüi em seu prol, a impossibilidade de concessão da isenção perseguida diante do não implemento da condição aquisitiva.

A parte recorrida apresentou contra-razões defendendo a manutenção da sentença monocrática, aduzindo que após todo o prazo necessário à implementação da aposentadoria, o servidor é afastado do cargo enquanto aguarda a solução do processo administrativo, levando o Estado meses, às vezes anos até reconhecer o direito, não podendo o servidor sofrer com a lentidão estatal. Ademais, entende ilegais e descabidos os descontos previdenciários no período de espera perante os órgãos estatais, haja vista os artigos 331, §13, da Constituição Estadual e 153 do Estatuto dos Funcionários Públicos Civis do Estado do Ceará, Lei nº 9.826/1974.

Às fls. 75/83, a douta Procuradoria Geral de Justiça lançou parecer pelo improvimento da apelação e da remessa oficial.

É o relatório.

VOTO

Quanto ao mérito, temos que, pelo sistema tributário vigente até a Emenda Constitucional nº 41/03, o pagamento de contribuição previdenciária possuía uma validação finalística: pagava-se com vistas a no futuro receber um correlativo benefício. No caso da aposentadoria, este raciocínio é perfeitamente aplicável. Assim, o servidor público deveria pagar o tributo até se aposentar, quando, então, cessava sua obrigação de contribuir para financiamento da Previdência Pública. Somente com a referida Emenda Constitucional o dever de contribuir passou a persistir após a aposentação.

Nessa linha de idéias, quando o servidor passava à inatividade extinguir-se-iam os descontos previdenciários realizados em sua folha de pagamento. A demora do trâmite do processo de aposentação não pode ser tomada

como motivo para a persistência dos descontos, pois autorizaria um verdadeiro embaraço, no sentido de que obrigaria o servidor a continuar financiando o sistema unicamente em razão das excessivas burocracia e ineficiência que impedem o célere trâmite do processo administrativo.

Neste ponto, registre-se que o Estatuto dos Servidores Cíveis do Estado do Ceará, em seu artigo 153, estabelece um prazo razoável para a tramitação do processo administrativo:

"Art. 153. Uma vez iniciado o processo de aposentadoria, e apurado, no prazo de 60 dias, pelo órgão central do sistema de pessoal, que o funcionário satisfaz os requisitos legais para sua decretação, será ele afastado do exercício do cargo, decorrido aquele prazo, lavrando-se, a seguir, o respectivo ato declaratório".

No presente caso, o processo administrativo perdura(ou) por longos anos, haja vista ter sido afastada desde 05.06.1995, importando injusto prejuízo com a manutenção dos descontos, os quais não possuem motivo algum para se manterem. A demora da Administração Pública não pode onerar o particular.

Nesse sentido, nossa colenda Segunda Câmara possui entendimento até aqui pacífico sobre o tema, conforme se lê das seguintes ementas de julgados:

"EMENTA: AGRAVO DE INSTRUMENTO - PREVIDENCIÁRIO - PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS PARA APOSENTAÇÃO - TRANSCURSO DE QUINZE ANOS - SUSPENSÃO DA CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA A CARGO DO SERVIDOR ATIVO - RAZOABILIDADE, PROPORCIONALIDADE, MORALIDADE E EFICIÊNCIA - APLICAÇÃO. RECURSO CONHECIDO E IMPROVIDO.

I- Preenchidos, há 15 (quinze) anos, os requisitos para a aposentação do servidor, faz-se imperiosa a suspensão imediata do desconto das contribuições previdenciárias incidentes sobre sua remuneração como servidor ativo.

II - Configura manifesta afronta aos princípios constitucionais da eficiência, razoabilidade, proporcionalidade e moralidade a falta de perfectibilização de aposentadoria cujo pedido foi formulado há quinze anos, não sendo razoável que a inércia injustificada da Administração imponha ônus pecuniário ao servidor.

III - Antecipação de tutela mantida. Agravo conhecido, mas improvido" (Processo nº. 2002.0001.2888-8/0, julgado em 23 de junho de 2004, relatoria da Des. Gizela Nunes da Costa);

"Uma vez implementados os requisitos para a concessão da aposentadoria, segundo a legislação vigente à época do requerimento, a publicação do ato aposentadoria é medida que se impõe, carecendo de legitimidade a conduta do Poder Público de continuar descontando percentuais previdenciários dos vencimentos dos servidores públicos legitimamente afastados" (Processo n. 2000.0015.8568-2/0, julgado em 19 de maio de 2004, relator o douto Desembargador José Cláudio Nogueira Carneiro);

"CONSTITUCIONAL/ADMINISTRATIVO. SERVIDOR QUE PASSA À INATIVIDADE. IMPOSSIBILIDADE DE DESCONTO PREVIDENCIÁRIO NO PERÍODO.

-No caso, funcionária da rede estadual de ensino que adimpliu todos os requisitos necessários para a sua aposentadoria, mas que a própria Administração Pública, por inépcia, não a homologa.

-O servidor público, ao completar os requisitos à aposentadoria, tem o direito subjetivo de passar à inatividade, não podendo mais o Estado realizar descontos previdenciários, especialmente se o funcionário que auferir proventos muito menores do que o estipulado para a contribuição dos inativos, previstos no art. 40, §18, da CF/88.

-E este Tribunal de Justiça, em precedente exatamente igual ao caso, assim ementou: 'uma vez implementados os requisitos para a concessão da aposentadoria é medida que se impõe, carecendo de legitimidade a conduta do Poder Público de continuar descontando percentuais previdenciários dos vencimentos dos servidores públicos legitimamente afastados'(TJCE - 2000.0015.8568-2, j. em 19.5.2004, rel. Des. José Cláudio N. Carneiro).

-Reexame Necessário conhecido e improvido.

-Sentença confirmada, em todos os seus termos.

-Unânime (Processo nº. 2000.0121.4299-0/1, julgado em 18 de setembro de 2006, relatoria da Des. Maria Iracema do Vale Holanda).

É intuitivo que não pode a parte ser penalizada pela demora injustificada da Administração, provocada exclusivamente por esta, em decor-

rência da análise do processo administrativo respectivo.

Não impressiona o argumento segundo o qual o surgimento das Emendas Constitucionais 41 e 56 à Constituição Federal excluiriam o direito aqui reconhecido, pelo simples fato de que tais normas não operam retroativamente, para abranger situações já ultrapassadas. É certo que não se pode argüir direito adquirido a regime jurídico, e disto não se trata, mas simples aplicação do brocardo *tempus regit actum*.

Por outro lado, mesmo que se aplicasse a nova redação constitucional, o que não é o caso, o valor recebido pela parte autora/apelada é inferior ao limite mínimo de incidência previdenciária, conforme redação expressa do §18, do art. 40, da Constituição Federal, segundo o qual "incidirá contribuição sobre os proventos de aposentadorias e pensões concedidas pelo regime de que trata este artigo que superem o limite máximo estabelecido para os benefícios do regime geral de previdência social de que trata o art. 201, com percentual igual ao estabelecido para os servidores titulares de cargos efetivos". Dessa forma, de uma forma ou de outra, não haveria como incidir o tributo nos vencimentos ou proventos da parte apelada.

Quanto ao percentual de condenação da Fazenda em honorários advocatícios, fixado pelo Juiz à razão de 10% (dez por cento), tendo em vista os parâmetros legais do artigo 20, §4º, do Código de Processo Civil, entendo deva prevalecer o valor de R\$2.000,00 (dois mil reais), o qual reputo equitativo, conforme já reiteradamente discutido nesta Câmara.

Por tais razões, conheço do presente recurso e da remessa oficial, por estarem presentes seus pressupostos intrínsecos e extrínsecos, e lhes dou parcial provimento.

É como voto.

Fortaleza, 27 de agosto de 2008.

APELAÇÃO CÍVEL N.º 2000.0140.1874-9/1
REMESSA OFICIAL: JUIZ DE DIREITO DA 2ª VARA DA FAZENDA PÚBLICA DA COMARCA DE FORTALEZA
APELANTE: INSTITUTO DR. JOSÉ FROTA - IJF
APELADO: SINDIFORT - SINDICATO DOS SERVIDORES PÚBLICOS DO MUNICÍPIO DE FORTALEZA
ORIGEM: AÇÃO ORDINÁRIA (Processo nº 2004.0252.775-5)
RELATOR: DESEMBARGADOR ADEMAR MENDES BEZERRA

EMENTA: EQUIPARAÇÃO VENCIMENTAL. ISONOMIA EXTERNA. IMPOSSIBILIDADE POR VIA JUDICIAL.**I - Não pode o Judiciário conceder aumento de vencimentos sob o fundamento da isonomia, a teor da Súmula 339, do STF.****II - Conquanto seja lícito aos servidores públicos buscarem no Judiciário a satisfação de seus direitos, dada a reiterada desídia do Executivo em cumprir tal mister, já é cediço nos tribunais pátrios o entendimento da impossibilidade de o Judiciário conceder aumento de vencimentos com fundamento no princípio da isonomia.****III - Precedentes deste Egrégio Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal.****IV - Apelação e Remessa Obrigatória conhecidas e providas.****ACÓRDÃO**

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de Apelação Cível n.º 2000.0140.1874-9/1, em que figuram as partes acima indicadas.

Acorda a 2ª Câmara Civil do egrégio Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, à unanimidade, em conhecer e dar provimento ao recurso de Apelação Cível e à Remessa Oficial, nos termos do voto do Relator.

Fortaleza, 27 de agosto de 2008.

RELATÓRIO

Cuidam os presentes autos de remessa obrigatória e de apelação cível interposta pelo INSTITUTO JOSÉ FROTA (IJF) em face de decisão de fls. 170/176 do MM. Juiz de Direito da 2ª Vara da Fazenda Pública da Comarca de Fortaleza, que julgou procedente o pedido do SINDIFORT - SINDICATO DOS SERVIDORES PÚBLICOS DO MUNICÍPIO DE FORTALEZA, para o fim de declarar a obrigatoriedade de o apelante fixar os vencimentos dos servidores municipais representados pelo apelado com base nas regras dos Decretos Municipais n.º 7.809/88 e 7.853/88.

Pela exordial de fls. 02/10, o autor/recorrido afirma representar alguns servidores do quadro efetivo do IJF, que buscam, invocando o princípio

constitucional da isonomia, a equiparação de seus vencimentos aos obtidos, em ação judicial, por outros funcionários do mesmo ente que, segundo alega o ora apelado, desempenham atividades absolutamente idênticas aos representados pelo recorrido e auferem vencimentos maiores do que estes.

Inconformado com a sentença favorável aos pleiteantes, o IJF apelou (fls. 181/194), aduzindo que: a) a decisão contraria o posicionamento reiterado do Tribunal de Justiça do Ceará e do Supremo Tribunal Federal, a teor da Súmula 339, no sentido de que "Não cabe ao Poder Judiciário, que não tem função legislativa, aumentar os vencimentos de servidores públicos sob o fundamento de isonomia"; b) O Decreto Municipal nº 7.153/85 não foi recepcionado pela atual Constituição Federal, pois esta veda a vinculação do salário-mínimo para qualquer espécie salarial; c) não se pode pretender equiparação salarial com base no princípio da isonomia. Alega ainda ter havido a prescrição dos direitos dos apelados de reaver as verbas trabalhistas reclamadas na inicial.

Contra-razões às fls. 200/202, fundamentalmente reiterando os argumentos da inicial.

Não houve preparo, por ser o recorrente ente público, dispensado, portanto, dessa obrigação, nos termos do artigo 511, § 1º, do CPC.

A Procuradoria Geral de Justiça lançou parecer às fls. 214/112, abstendo-se de manifestar-se sobre o mérito da *quaestio*, por não identificar interesse social ou individual indisponível.

É o relatório.

VOTO

A presente matéria tem recebido neste sodalício, ao longo do tempo, tratamento controvertido e às vezes oscilante, o que não é de se surpreender, em vista de sua complexidade.

Com efeito, este mesmo Relator, em oportunidades anteriores, exarou entendimento no sentido da impossibilidade de o Judiciário conceder a equiparação salarial sob fundamento da isonomia. Aplicava, na ocasião, irrestritamente, o enunciado da Súmula n.º 339 do Supremo Tribunal Federal.

Contudo, percebi que mencionado assento pretoriano não é aplicável indiscriminadamente a todas as situações de disparidade de vencimentos, porquanto na Administração Pública deve, necessariamente, existir a isonomia

vencimental interna, ou seja, aquela que se dá dentro da mesma carreira, entre cargos idênticos. Na hipótese de ofensa a esse dever de igualdade, o Judiciário não só pode, como deve fazer prevalecer a equiparação, pois não se poderia falar em justiça na situação de dois servidores ocupantes do mesmo cargo - de igual carreira - receberem vencimentos diferenciados.

O Tribunal de Justiça do Distrito Federal já exarou julgado nesse sentido:

"CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. ISONOMIA. A ISONOMIA VENCIMENTAL INTERNA (DENTRO DA MESMA CARREIRA), PODE SER DEFERIDA PELO JUDICIÁRIO; AQUELA DENOMINADA EXTERNA (CARREIRAS DIFERENTES) DEPENDE DE LEI. AO JUDICIÁRIO NÃO SE DEFERE O DIREITO DE AUMENTAR VENCIMENTOS DE PERITOS CRIMINAIS DO DF POR ISONOMIA COM A CARREIRA POLICIAL FEDERAL. REJEITA-SE TAMBÉM PEDIDO DE APLICAÇÃO DE DUAS LEIS, UMA FEDERAL, OUTRA DISTRITAL, PARA, COM A SIMBIOSE DOS PRECEPTIVOS, CRIAR UM NOVO VALOR VENCIMENTAL. (Classe do Processo: APELAÇÃO CÍVEL 19980110105374APC DF. Registro do Acórdão Número: 136103. Data de Julgamento: 06/11/2000. Órgão Julgador: 2ª Turma Cível. Relator: GETÚLIO MORAES OLIVEIRA. Publicação no DJU: 04/04/2001. Pág.: 25 (até 31/12/1993 na Seção 2, a partir de 01/01/1994 na Seção 3))"

Em igual sentido APC 1998.01.1.010565-8, APC 5231099 e APC 5018898, também do Tribunal de Justiça do Distrito Federal.

No caso dos autos, entretanto, a causa de pedir é relativa a situações oriundas de decisões judiciais, com base, portanto, em isonomia externa, conforme se extrai do relatório da sentença monocrática, *in verbis*:

"[O autor] aduz, ademais, que grande parte dos servidores, integrantes da administração indireta do Município de Fortaleza, teve implantado em seus vencimentos, por força de decisão judicial, as vantagens pecuniárias de que tratam os Decretos nº 7.809/88 e 7.853/88 (fl. 171, sem grifos na origem).

Dessa forma, presente a intenção de servidores lotados no IJF de obterem provimento jurisdicional o qual - com fulcro na isonomia - lhes estenda a mesma remuneração obtida por outros funcionários daquela autarquia municipal em sede de ação judicial, obrigatória a incidência da Súmula 339, do Supremo Tribunal Federal.

Conquanto seja lícito aos servidores públicos buscarem no Judiciário a satisfação de seus direitos, dada a reiterada desídia do Executivo em cumprir tal mister, já é cediço nos tribunais pátrios o entendimento da impossibilidade de o Judiciário conceder aumento de vencimentos com fundamento no princípio da isonomia.

Eis o teor da Súmula:

"Súmula 339. Não cabe ao Poder Judiciário, que não tem função legislativa, aumentar os vencimentos de servidores públicos sob o fundamento de isonomia".

Convém registrar o posicionamento do Supremo Tribunal Federal, que em recente julgado reiterou tal forma de entender a questão, conforme se vê da seguinte ementa:

"SERVIDOR PÚBLICO. VENCIMENTOS. REAJUSTE. ISONOMIA. SÚMULA STF Nº 339. ART. 37, X, DA CF/88. 1. O princípio da isonomia dirige-se aos Poderes Executivo e Legislativo, a quem cabe estabelecer a remuneração dos servidores públicos e permitir a sua efetivação. Vedado ao Judiciário estender aumentos que foram concedidos apenas a uma determinada categoria. Precedente: RE 173.252. (...)".

(RE 355517 / PR - PARANÁ. RECURSO EXTRAORDINÁRIO.

Relator(a): Min. ELLEN GRACIE.

Julgamento: 24/06/2003.

Órgão Julgador: Segunda Turma.

Publicação: DJ DATA-29-08-2003 PP-00037. EMENT VOL-02121-18 PP-03637)

Mas não é só sob esse aspecto que se apresenta desprovida de fun-

damento a pretensão dos servidores. Vê-se que o objetivo é ter como piso o valor correspondente a sete salários mínimos, o que configura uma vinculação que não se valida em nossa ordem jurídica, dentro da qual não se admite qualquer sorte de atrelamento ao salário mínimo.

É nessa linha de idéias que também vem julgando o Pretório Excelso, como se depreende do seguinte julgado:

"Professores do Estado do Paraná. Piso Salarial de três salários mínimos. (...) A vinculação desse piso salarial a múltiplo de salários mínimos ofende o disposto no artigo 7º, IV, da Constituição Federal. Precedentes do S.T.F. - Inexistência de ofensa por parte do acórdão recorrido aos artigos 39, § 2º, 7º, V e VI, e 206, V, da Constituição Federal. Recurso extraordinário conhecido pela letra "c" do inciso III do artigo 102, da Constituição, mas não provido".
(RE 273205 / PR - PARANÁ. RECURSO EXTRAORDINÁRIO. Relator(a): Min. MOREIRA ALVES. Julgamento: 26/02/2002. Órgão Julgador: Primeira Turma. Publicação: DJ DATA-19-04-2002 PP-00062. EMENT VOL-02065-08 PP-01664)

Esta Colenda 2ª Câmara, no julgamento do Agravo de Instrumento n.º 2000.0015.0957-9, sob a relatoria do eminente Desembargador José Cláudio Nogueira Carneiro, possui precedente no mesmo sentido, consoante se infere da ementa:

"AGRAVO DE INSTRUMENTO. CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO.

I - A vinculação dos vencimentos do servidor público ao salário mínimo afronta os princípios constitucionais da autonomia administrativa do Município e as disposições contidas nos arts. 7º, inc. IV e 37, inc. XIII da Carta Magna.

II - É vedada a equiparação ou vinculação vencimental a quaisquer espécies remuneratórias, sendo proibido ao Poder Judiciário aumentar os vencimentos dos servidores públicos sob o fundamento de aplicação do princípio da isonomia (Súmula nº 339 do STF).

III - Agravo conhecido e provido".

Diante do exposto, conheço e dou provimento ao presente recurso de apelação, reformando a sentença de primeiro grau, para julgar improcedente a ação, invertendo os ônus sucumbenciais.

É como voto.

Fortaleza, 27 de agosto de 2008.

APELAÇÃO CÍVEL Nº. 2004.0013.3120-9/0

ORIGEM: 18ª VARA DE FAMÍLIA DA COMARCA DE FORTALEZA

APELANTE(S): M. C. N.

APELADO(S): M. N.

APELANTE ADESIVO(S): M. N.

APELADA ADESIVO(S): M. C. N.

RELATOR: DES. FRANCISCO DE ASSIS FILGUEIRA MENDES

EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE DIVÓRCIO DIRETO LITIGIOSO. APELAÇÃO ADESIVA. EXCLUSÃO DO DIREITO DE MEAÇÃO DO APELADO SOBRE O ÚNICO PATRIMÔNIO REMANESCENTE DA SOCIEDADE CONJUGAL ANTES CONSTITUÍDA. IMPOSSIBILIDADE PELA COGÊNCIA APLICATIVA DO ART. 259 DO CCB DE 1916, EM CUJA REGÊNCIA SE HOVE CELEBRADO O CONTRATO. PREVALÊNCIA DOS PRINCÍPIOS DA COMUNHÃO DE BENS. RESGUARDO DO DIREITO DE MEAÇÃO DO APELADO SOBRE O ÚNICO BEM DO PATRIMÔNIO. PREVALÊNCIA DO ATO JURÍDICO PERFEITO (ART. 5º, XXXVI). DIVÓRCIO LITIGIOSO OBTIDO QUANDO OS CÔNJUGES OSTENTAVAM IDADE PROVECTA E HIPOSSUFICIÊNCIA ECONÔMICA ABRANGENTE A AMBOS. APLICAÇÃO DA FINALIDADE SOCIAL DA LEI (INTELIGÊNCIA DO ART. 5º. LICC), IMPOSIÇÃO DE USUFRUTO VITALÍCIO DA HABITAÇÃO EM PROL DA APELANTE.

APELAÇÃO ADESIVA: ALIMENTOS FIXADOS EM FAVOR DA APELADA EQUIVALENTE A 40% DOS PROVENTOS DO

APELANTE-ADESIVO. MANUTENÇÃO.

1 - Impõe-se a não exclusão do direito de meação do apelado alusivo ao único bem adquirido na vigência da união em decorrência da presunção legal, advindo do art. 259 do CCB, que nas uniões civis celebradas em regime de separação de bens, sem que constante no contrato disposição sobre os efeitos comunicativos dos bens adquiridos no casamento, tem-se por prevalente os princípios da comunhão de bens. Impossibilidade desconstitutiva do capítulo sentencial reverenciador do ditame legal, diante de alegado pacto verbal, não conduzido aos autos. Ato jurídico perfeito. Segurança Jurídica. Ausência de vício de consentimento. Aplicabilidade do direito material preceituado no CCB de 1916. Direito intertemporal. Invocação do princípio da finalidade social da lei consubstanciado no art. 5º da LICC, constituindo em prol da apelante o direito de usufruto vitalício habitacional (art. 1390 e 1414, CCB 2002). Capítulo sentencial mantido com a mínima deflexão da questão usufrutuária.

2 - Merece ser mantida a verba alimentar fixada em favor da apelante/requerida, vez que a quantia se destina a auxiliar sua ex-mulher, que conta, hoje, com 70 anos de idade e, ainda laborante em atividades domésticas, a quem coube o encargo da criação dos filhos, sempre dependendo financeiramente do seu marido para sua manutenção e de seus 05 (cinco) filhos. Proporcionalidade. Fixação de 40% dos proventos aposentórios pagos pelo INSS.

APELAÇÃO CONHECIDA E PROVIDA EM PARTE, CONHECIMENTO E DESPROVIMENTO DO RECURSO ADESIVO.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de apelação nº. 2000.0122.6601-0/1 de Fortaleza, em que são partes as acima indicadas.

ACORDA a 2ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, por votação unânime, em conhecer da apelação, para provê-la em parte, e conhecendo do recurso adesivo, desprovê-lo, nos termos do voto do relator.

Trata-se de apelação cível interposta por M. C. N., e apelação adesiva interposta por M. N., nos autos da ação de divórcio direto litigioso, contra sentença da lavra do MM. Juíza de Direito da 18ª Vara de Família da Comarca de Fortaleza (fls. 99/104) que julgou parcialmente procedentes os pedidos formulados na inicial, decretando o divórcio direto do casal, arbitrando pensionamento à mulher em 40% do salário mínimo, descontado diretamente dos proventos auferidos pelo varão junto ao INSS, estabelecendo ainda a partilha igualitária do único bem constituído pelo casal na constância do casamento, a saber: um imóvel sito na Rua Alberto Magno, nº. X, bairro Montese, nesta Capital, adquirido em 29.10.1986.

Inconformada, a apelante, às fls. 108/115, insurge-se contra a sentença no que respeita à não exclusão do direito do requerente a meação sobre o único imóvel constituído pelo casal na constância do casamento, alegando ter celebrado com o requerente um acordo verbal, por ocasião da separação de fato dos cônjuges, em que, na oportunidade, ficou acordado a renúncia do quinhão por parte do cônjuge varão ante a negativa de prestar ajuda financeira aos seus filhos e ao cônjuge virago.

Igualmente apela o requerido, na forma adesiva (fls. 124/130), asseverando que é pessoa humilde, não possuindo condições de manter o pensionamento no valor de 40% do seu proventos, já que percebe benefício previdenciário no valor de um salário mínimo.

Requer, portanto, o apelante-adesivo, a reforma da decisão, no tocante à condenação em alimentos, isenção ou redução em de 40% para 20% sobre os proventos de sua aposentadoria.

Apresentadas contra-razões ao recurso de apelação às fls. 136/140 e ao recurso adesivo às fls. 131/133, foram os autos com vistas a douta a Procuradora Geral de Justiça, que emitiu parecer (fls. 151/155), opinando pelo provimento do apelo da divorcianda e o improvimento do recurso adesivo, mantendo-se a fixação da verba alimentar sobre os proventos do apelado.

Vieram os autos conclusos para julgamento.

É o relatório conjuntivo.

As inconformidades das partes centram-se em dois tópicos: às primeiras, a questão do não partilhamento patrimonial do único bem adquirido pelo casal na constância do casamento, qual seja um imóvel (edificação residencial) sito na Rua Alberto Magno, nº. X, Montese, nesta Capital, onde, atualmente, reside a apelante, e constitui-se em sua tese única de insurgência; em matéria

adesiva, inconforma-se o apelado varão, sob o conduto da impossibilidade em prestar alimentos, pretendendo a exoneração do encargo ou sua redução.

Ab initio, compulsando os autos, resta consignado que os litigantes convolaram núpcias em junho de 1954, sob o regime de separação de bens e separação de corpos (fl. 12), e encontram-se separados de fato desde o mês de novembro ano de 1990, o que representa um paradoxo, pois da união conjugal nasceram cinco filhos, hoje, todos maiores e capazes.

No que pertine ao dissolutório do direito de meação de fato, determinado pela autoridade judiciária do 1º grau, em seu decisum de fls. 99/104, que levou em conta o pedido de partilha contido na inicial de fls. 02/14, bem como a regra insculpida no art. 259 do CCB de 1916, muito embora admitindo que o casamento celebrado entre as partes em litígio, fora contemplado consoante certidão de assentamento fl. 12, pelo regime da separação de bens, com fito ao garante de fruição exclusiva do único bem imobiliário constituidor do patrimônio familiar pela apelante, em afronta com julgado recorrido, ostentado como tema de pretensão da virago em sede apelatória principal.

É de se ter por recomendável o respeito ao que foi estatuído ao que alude ao patrimônio familiar, em uniões celebradas sob a égide da separação de bens, sem previsão pactual concernente aos bens adquiridos na constância do casamento, como no caso *sub examen*.

Em verbete clarificante, dictiona PAULO DOURADO DE GUSMÃO, em seu DICIONÁRIO DE DIREITO DE FAMÍLIA:

"Comunhão de Aqüestos - Comunhão de bens adquiridos na constância do casamento (PG).

Na vigência do direito anterior, entendíamos possível a comunhão de aqüestos, mesmo que o regime de bens fosse o de separação total, imposto pela lei (Parágrafo único e seus incisos do art. 258 do CC de 1916). Comunhão não prevista em lei, mas estabelecida por construção jurisprudencial. A jurisprudência, a princípio não a admitia, fazendo-a, depois, depender de prova de resultarem os bens do esforço comum. Finalmente, considerou suficiente a prova de aquisição dos bens ser posterior ao casamento, para possibilitar a comunicação dos mesmos, dispensando, assim, a prova de resultarem do esforço comum (PG)". Autor e ob cit., 3ª ed., p. 175, Editora Forense, 2006, Rio de Janeiro.

De boníssimo exemplo da tese comunicativa, o aresto, que segue transcrito:

CASAMENTO. Regime de bens - Separação legal - Comunicação dos aqüestos - Sentença confirmada. A ação declaratória do regime de bens no casamento, como ação meramente declaratória, é imprescritível. No regime da separação legal de bens comunicam-se os adquiridos na constância do casamento. (TJGB, 7ª. Câ., Ap. nº. 77.268, j. 21-11-72, u.v., Martiniano Garcez Neto, pres. E rel., RT 457/233). In ORLANDO FIDA et alli, JURISPRUDÊNCIA DO CÓDIGO CIVIL - EMENTÁRIO, 1ª ed. Vol. 02, p. 551, Editora LEUD, 1982, São Paulo.

O diploma civil revogado (CCB de 1916), cuja intertemporalidade de seus preceitos, tem autorizatorio aplicativo aos atos e fatos jurídicos celebrados em sua esteira vigencial e de igual eficácia a desaguante norma preceitual estabelecida no art. 266, do vetusto documento legal material, *in verbis*: "Na constância da sociedade conjugal, a propriedade e posse dos bens é comum".

Dissolvida a sociedade conjugal e o vínculo do casamento, em decorrência de ação direta divorciativa litigiosa, o decreto da partilha do acervo patrimonial dos cônjuges divorciantes é uma imposição legal, da qual não se poderia escusar o douto juízo oficiante (art. 40, IV da Lei 6.515, de 26/12/1977).

Desta sorte, não caberia nenhuma outra alternativa, senão, diante da unicidade patrimonial, cindí-la em duas frações ideais de 50% (cinquenta por cento) para cada um dos ex-cônjuges.

Em assim sendo, invislumbrável, na espécie, momento processual antecedente, onde a vontade dos litigantes fosse posta em consenso na celebração de negocio jurídico compositivo ou transacional, não prosperando a alegativa da existência de pacto verbal entre eles havido, em que teria sido acorde pelo varão, a renuncia a seus direitos sobre o bem único patrimonializado.

Havendo prova de celebração nupcial civil com adoção do regime de separação de bens, sem especificação de critérios de comunicabilidade ou não dos bens que constituiriam o patrimônio, a aplicabilidade dos princípios da comunhão universal em tal aspecto, é imperiosa aos ditames do art. 259 do CCB de 1916, e em assim sendo, o ato partilhador atendeu exclusivamente aos dita-

mes legais, respeitando o ato jurídico perfeito (casamento e regime de bens), não se compadecendo de defeito ou vício de consentimento capaz de vulnerar a livre manifestação de vontade, pois a volição é elemento de constituição essencial do ato jurídico, ao sabor do que previsto no art. 145 e seus incisos, cuja anulabilidade é agasalhada no art. 147, II, com remissão ao regramento preceituado no art. 86, todos do Código Beviláqua, fontes das normas de direito material aplicáveis a espécie, com correspondências nos arts. 104, 138 e 171, II, da Lei n.º 10.406, de 10.01.2002 (Código Civil vigente, nascido da inteligência de Miguel Reale).

Em vitrina, aspectos essenciais para o delineamento da relevância do ato jurídico perfeito, exposto pelo tônus da constitucionalidade:

"Ato jurídico perfeito é aquele que se aperfeiçoou, que reuniu todos os elementos necessários a sua formação, debaixo da lei velha. Isto não quer dizer, por si só, que ele encerre em seu bojo um direito adquirido. Do que está o seu beneficiário imunizado é de oscilações de forma aportadas pela lei nova.

Assim, se alguém desfruta de um direito por força de ato que cumpriu integralmente as etapas da sua formação debaixo da lei velha, não pode ter este direito negado só porque a lei nova exige outra exteriorização do ato" (In CELSO RIBEIRO BASTOS, Dicionário de Direito Constitucional, 1ª ed., p. 13, Editora Saraiva, 1994, São Paulo).

"Ato jurídico perfeito é aquele que reuniu todos os seus elementos constitutivos exigidos pela lei. O princípio constitucional do respeito ao ato jurídico perfeito aplica-se a todas as leis e atos normativos, inclusive às leis de ordem pública" (In ALEXANDRE DE MORAES - CONSTITUIÇÃO DO BRASIL INTERPRETADA, 5ª ed., p. 300, Editora Atlas, 2005, São Paulo).

É característica fundamental do estado de direito a estabilidade das relações jurídicas, o que se dá pela garantia aos direitos subjetivos regularmente constituídos e que se integraram ao patrimônio jurídico do titular do direito. Conhecido como princípio da segurança jurídica essa garantia é fundamental ao pleno desenvolvimento da sociedade que, ab-rogado tal princípio, estaria em flagrante instabilidade, gerada pela mutabilidade permanente das situações e direitos.

Nesse diapasão é inevitável a conclusão de que o Princípio da Segurança Jurídica deve ser respeitado.

Conseqüentemente, inexistindo qualquer condição ou termo no eventual pacto antenupcial, consagrador quando da celebração das núpcias no regime opcionado de separação de bens, este se tornou para tal fim, o da comunhão universal, *ex vi* do art. 259 do CCB de 1916, caracterizando-se como ato jurídico perfeito, indene a qualquer alteração ou revogação, mesmo que legislativa, pois se incorporou definitivamente ao patrimônio jurídico dos celebrantes.

Em preservando a garantia constitucional insculpida no inciso XXXVI, do art. 5º, da Carta da República, ao reconhecer o casamento celebrado entre os contendores, no regime de separação de bens nele inserido e seus consectários efeitos, como ato jurídico perfeito, infenso a toda e qualquer alteração legislativa e imunizado de desconstituição pura e simples pela via judicial, bem decidiu a autoridade judicante lavrante da sentença recorrida, daí a impossibilidade de qualquer reproche a este capítulo decisorial.

Entretanto, levando-se em conta a propectude das partes em litígio, e a situação de hipossuficiência econômico-financeira de ambos, é de se determinar que em prol da apelante seja reconhecido (sem exclusão de seu direito de meação própria), o garante da cláusula de usufruto vitalício, capaz de lhe assegurar enquanto vida tiver, a habitação do imóvel questionado, *ex vi* dos art. 1.390 e 1.414, I, do CCB vigente e extinguindo-se na forma prevista no art. 1.410 do CCB/02, devendo este *decisum* empós qualificado pela coisa julgada material, ser levado para fins de regisração junto ao Ofício Imobiliário competente (art. 1391, CCB de 2002).

O arremate que se empresta a esta lide, tem fincas na aplicação da lei por sua finalidade social de que cuida o art. 5º, da LICC, veículo da denominada justiça social, atendendo ao reclamo humanitário, exigido no trato com as questões envolventes de temas como o de Direito de Família, além do plus decorrente da senectude dos recorrentes e recorridos.

Celso Antônio Bandeira de Mello, citado por Luis Fernando Ribeiro de Carvalho e Cláudio de Luis Braga Dell'Orto, em artigo sob a titulação: "A JUSTIÇA PAROQUIAL E A SÍNDROME DE ROBIN HOOD - COMPROMISSO COM A JURISDIÇÃO E O VALOR DO JUSTO", bem definiu este sentimento tão necessário e fundamental na realização da justiça, sem que banalizada a ordem jurídica, fazendo ressair a jurisdição como instrumental plenificado e hábil na busca da harmonia social:

"As disposições constitucionais relativas à Justiça Social não são meras exortações ou conselhos, de simples valor moral. Todas elas são - inclusive as programáticas - comandos jurídicos e, por isso obrigatórias, gerando para o Estado deveres de fazer ou não fazer. Há violação das normas constitucionais pertinentes à Justiça Social - e, portanto, inconstitucionalidade - quer quando o Estado age em descompasso com tais preceitos, quer quando, devendo agir para cumprir-lhes as finalidades, omite-se em fazê-lo. Todas as normas concernentes à Justiça Social geram, imediatamente, direitos para os cidadãos, não obstante tenham teores eficaciais distintos. Tais direitos são verdadeiros direitos subjetivos, na acepção mais comum da palavra"(Autores e artigo cit, in JUSTIÇA E CIDADANIA, n.º. 80, março de 2007, p. 34).

Desta sorte, impõe-se o provimento parcial do apelo, no tocante ao capítulo sentencial em referência, para determinar o assecuratório do usufruto vitalício de habitação em prol da apelante, na forma explicitada no corpo decisorial do voto.

Conquanto o apelante se insurja contra a verba alimentar, fixada no patamar de 40% do salário mínimo, o que, ao meu juízo, me parece justa e acertada a decisão da doura magistrada. Senão vejamos:

a) Ora, a apelante já conta 70 anos de idade (fl. 12), analfabeta, sempre manteve o vínculo de dependência econômica com o ex-marido que após a separação de fato, nunca se prontificou a auxiliá-la ou ajudá-la na criação dos seus filhos, como relatado à fl. 54 dos autos apensos, e dele não vem recebendo ajuda financeira desde a época da separação fática.

b) O alimentante, por sua vez, conta hoje 71 anos de idade (fl. 12) e está aposentado, no entanto goza de boa saúde, o que indica um vislumbre de longevidade parificado ao da apelada adesiva.

c) Diante do histórico familiar e da facticidade cronológica das partes, aspecto de plena comprovação, impossível a exoneração do encargo ou do redutor alimentar pretendido pelo alimentante adesivo. Se é incontestável pela economia e pela vida, ser impossível alguém sobreviver com dignidade tendo como fonte de renda exclusiva, um salário mínimo, que foi instituído com o escopo de garantir a manutenção subsistencial (ou de sobrevivência), e não acode

tal objetivo, quão mais se percebendo apenas 40% (quarenta por cento) de tal remuneratória básica.

d) Utilizando-se da mesma linha de raciocínio, poder-se-ia afirmar que 60% (sessenta por cento) da verba mínima salarial, o que restaria ao apelante em razões aderentes, igualmente não garantiria a sua sobrevivência.

Um retrato em preto e branco da miséria brasileira e do tratamento dispensado pelo Estado aos que alcançam o patamar da senectude (a miséria é nossa, indiscutivelmente!!!). Proventos aposentórios ínfimos, falta de uma política pública de saúde, imposição de obrigações assistenciais impostergáveis, dever moral e natural de sobrevivência e preservação da família, são temas comoventes destas insurgências.

Inescusabilidade de julgamento, diante da colisão de valores sociais, representados por duas pessoas em estado de miserabilidade, sem preocupação de se estabelecer um concurso, qual das duas é a mais carente, daí a imposição de um juízo de equidade, dirimindo a lide em justa proporcionalidade possível, em tal capítulo, deliberado em sensibilidade grandiloquente, partilhando a miséria em porções de proporcionalidade.

Ao mais que tudo, compulsando os autos, verifica-se que o apelante-adesivo não logrou demonstrar, consoante lhe incumbia, o chamado binômio alimentar pendendo a seu favor, consubstanciado nos fatores que formam as necessidades/possibilidades (CC, art. 1.694, § 1º).

É entendimento cediço na doutrina e jurisprudência que os alimentos devem ser fixados com fulcro no binômio necessidade/ possibilidade. Ou seja, consideram-se as necessidades daquele que receberá os alimentos, sem, contudo, deixar de atentar para as condições econômicas daquele que os prove-rá. Quanto ao binômio alimentar, cabe repisar a lição do mestre SILVIO DE SALVO VENOSA que, ao referir-se ao art. 1.695 do Código Civil, assim manifestou-se:

"O dispositivo coroa o princípio básico da obrigação alimentar pelo qual o montante dos alimentos deve ser fixado de acordo com as necessidades do alimentando e as possibilidades do alimentante, complementado pelo art. 1.694, §1º, (...). Eis a regra fundamental dos chamados alimentos civis: 'os alimentos devem ser fixados na proporção das necessidades do reclamante e dos recursos da pessoa obrigada'(VENOSA, Sílvio de Salvo. Direito Civil: Direito de Família. 5ª edição. São Paulo: Ed. Atlas, 2005. vol. VI.).

Dessa forma, a fixação de alimentos pressupõe a necessidade de quem os postula e a possibilidade de quem é chamado a prestá-los, nos termos do art. 1.695 do Código Civil.

Ademais, a minoração do *quantum* alimentar só é viável, nos termos do artigo 1.699, do Código Civil, se, fixados os alimentos, sobrevier mudança na fortuna de quem os supre, ou na de quem os recebe, poderá o interessado reclamar ao juiz, conforme as circunstâncias, exoneração, redução ou agravação do encargo.

Nessa esteira de raciocínio nos ensina o YUSSEF SAID CAHALI:

"Diz-se mais, hoje tranquilamente, que a decisão ou estipulação de alimentos traz ínsita a cláusula **rebus sic standtibus**: o repectivo *quantum* tem como pressuposto a permanência das condições de possibilidade e necessidade que determinaram; daí a sua mutabilidade, em função do caráter continuativo ou periódico da obrigação" (CAHALI, Yussef Said. Dos Alimentos. 5ª edição. São Paulo: Ed. RT, 2006, p. 651.)

Nesse passo, doutrina abalizada de nossos Tribunais:

APELAÇÃO. AÇÃO REVISIONAL DE ALIMENTOS. ANÁLISE DO TRINÔMIO NECESSIDADE-POSSIBILIDADE-PROPORCIONALIDADE. A revisão do quantum alimentar é devida quando comprovada alteração das possibilidades do alimentante ou das necessidades da alimentada. No caso, não restando comprovada nem o aumento das necessidades, nem o das possibilidades, não é cabível que se proceda à revisão da pensão alimentícia. NEGARAM PROVIMENTO. (Apelação Cível Nº. 70017689555, Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Rui Portanova, Julgado em 14/12/2006).

Com efeito, competia ao apelante adesivo, nos termos do art. 333, inc. I, do CPC, comprovar a modificação sofrida em sua situação econômica para fins de alteração do valor devido a título de alimentos, ou mesmo, se sobreveio alteração de fato ou de direito que justifique a revisão do *quantum* alimentar.

In casu, o ora apelante, efetivamente, não logrou êxito em demonstrar alteração em sua capacidade econômica capaz de fundamentar a exoneração e/ou redução pretendida. As razões trazidas a baila não demonstram que o apelado sofreu qualquer modificação em sua situação financeira, de modo a impossibilitá-lo de arcar com a quantia ora postulada.

Assim, verifica-se que não demonstrados os requisitos elencados no art. 1.699 do CC/02, ônus que competia ao apelante-adesivo, outro caminho não resta senão o do IMPROVIMENTO DO RECURSO, neste capítulo, mantendo-se incólume a decisão recorrida.

Fortaleza, 30 de maio de 2007.

Órgão: 3ª Turma Cível

Classe: APELAÇÃO CÍVEL, oriunda da 1.ª Vara Cível da Comarca de Fortaleza

Processo N°: 2000.0015.6893-1/0

APELANTES: REGINALDO FELIX CAVALCANTE e outra

APELADO: CAIXA DE PREVIDÊNCIA PRIVADA DO BANCO DO ESTADO DO CEARÁ S/A - CABEC

Relator: Des. José Arísio Lopes da Costa

EMENTA: CIVIL. PROCESSO CIVIL. GRATUIDADE DA JUSTIÇA. IMPUGNAÇÃO PDV. RECEBIMENTO DE INDENIZAÇÃO. AUSÊNCIA DE PROVA QUE INFIRME A PRESUNÇÃO QUE DECORRE DA DECLARAÇÃO DE POBREZA.

(1) O simples fato de empregado incluído em Programa de Demissão Voluntária receber indenização, em face do desligamento da empresa, não induz à presunção de que possa pagar as custas do processo, sem prejuízo próprio ou de sua família.

(2) O desemprego é fenômeno que acarreta dramático baque financeiro em qualquer família brasileira. Deve-se, aliás, presumir que a indenização será utilizada para o sustento da família durante os meses em que o desempregado guardar esta condição.

(3) Benefício concedido. Apelação conhecida e provida.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de Apelação Cível n.º 2000.0015.3893-1, de Fortaleza, envolvendo as partes acima aludidas.

ACORDA a 3ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Ceará, por votação unânime, em conhecer do recurso de apelação, para dar-lhe provimento, e, assim, reformar a sentença recorrida, nos termos do voto do Relator, parte integrante deste Acórdão.

RELATÓRIO

Trata-se de recurso de apelação interposto por Reginaldo Félix Cavalcante e Maria Ivone de Almeida, de sentença do juízo da 1.ª Vara Cível de Fortaleza (fls. 30/32), que julgou procedente impugnação à gratuidade da justiça assestada pela Caixa de Previdência Privada do Banco do Estado do Ceará S/A – CABEC, frente a ação de restituição de contribuições previdenciárias movida pelos apelantes contra a apelada.

Alegando os recorrentes, em resenha, que a CABEC não logrou elidir a presunção jurídica que decorre da declaração de pobreza ofertada no processo referenciado, mesmo porque, embora hajam tido efetiva disponibilidade financeira, em face do programa de demissão voluntária, o fato é que os apelantes estão desempregados, como muitos outros ex-funcionários do BEC (fls. 34/39).

Em contra-razões de fls. 41/49, a CABEC defendeu o acerto da sentença.

A d. Procuradoria Geral de Justiça, em parecer de fls. 64/67, opinou pela confirmação do édito monocrático.

É o sucinto relatório.

VOTO

Presentes os requisitos formais de admissibilidade, passo ao exame do recurso apelatório.

O cerne da questão reside em saber se o simples fato de os apelantes haverem recebido indenizações em face do plano de demissão voluntária levado a cabo pelo BANCO ESTADUAL DO CEARÁ S/A - BEC, tem o condão de infirmar a declaração de pobreza por eles articulada no processo que objetiva o recebimento das parcelas vertidas pela CABEC ao fundo previdenciário do Banco.

Com efeito, a assistência judiciária, sem ônus para os necessitados,

constitui-se verdadeiro corolário do direito constitucional de acesso à justiça, de tal maneira que a sua concessão deve vir pautada pela informalidade, sob pena de indevida restrição ao exercício de um direito fundamental.

Os Tribunais Estaduais, em uníssono, sufragam o entendimento sobre que o benefício da justiça gratuita deve ser deferido de plano pelo Juiz que recepcionar a inicial, somente podendo ser desconstituído através de provas incontroversas trazidas pela parte contrária, em processo que deverá correr em apenso ao principal, *litteratim*:

“EMENTA: AGRAVO DE INSTRUMENTO - ACÇÃO MONITÓRIA - INDEFERIMENTO DO PEDIDO DE ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA GRATUITA - CONCESSÃO QUE SE FAZ NECESSÁRIA - RECURSO PROVIDO. Para a concessão do pedido de assistência judiciária gratuita, basta o pedido da parte, conforme estabelece o art. 4.º, da Lei 1.060/50. A presunção de pobreza é “*iuris tantum*”, podendo ser desconstituída através de provas incontroversas trazidas pela parte contrária”.

(TJPR, Proc. 137734000, Rel. Des. Rotoli de Macedo, Data Julgamento: 28/04/2003)

“IMPUGNAÇÃO. GRATUIDADE JUDICIÁRIA. LEI 1.060/50.

I - O benefício da gratuidade judiciária decorre da simples afirmação do interessado de que não está em condições de pagar os encargos do processo sem prejuízo do sustento próprio ou da família, através de declaração de pobreza colacionada aos autos. Tal presunção pode ser elidida por prova em contrário, do que não se desincumbiu o apelante/impugnante.

II - APELAÇÃO IMPROVIDA”.

(TJDF, APC 20010111069643, Des. Rel. VERA ANDRIGHI, DJU: 07/05/2003)

“ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA GRATUITA E GRATUIDADE DA JUSTIÇA. Suficiência da simples afirmação do postulante de que ‘não está em condições de pagar as custas do processo e os honorários de advogado, sem prejuízo próprio ou de sua família’ (Lei n.º 1.060/50, art. 4.º, *caput*) para concessão. Entendimento que se tornou majoritário na jurisprudência. Precedente do STJ. (...)”

(TJRS, 18.ª Câmara Cível, AGI n.º 70000197913, Rel. Des. Wilson Carlos Rodycz, julgado em 28.10.99)

Nesta Corte, tem-se julgado nesse sentido, *verbis*:

“EMENTA: PROCESSUAL CIVIL E CONSTITUCIONAL. ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA GRATUITA. DECLARAÇÃO DE POBREZA.

I - O art. 4º da Lei n.º 1.060/50 não afronta o art.5º, inciso LXXIV da Constituição Federal.

II- Daí que a mera declaração de pobreza feita nos autos é hábil para concessão dos benefícios da justiça gratuita, ainda que o requerente esteja sendo assistido por advogado particular. Precedentes do STF.

III- Apelo provido. Sentença reformada”.

(TJCE, Proc. n.º 1999.08836-5, 1.ª Câ. Cível, Des. Rel. José Arísio Lopes da Costa, julgado em 04/ 03/ 2002).

Desse modo é que corretamente a lei regulamentadora do benefício transferiu o ônus da prova para a parte contrária, que, via de regra, não goza do benefício nem é considerada parte juridicamente hipossuficiente, sendo esta inclusive a situação dos autos.

Na espécie ora retratada, não vislumbro que o recebimento pelos requeridos dos consectários remuneratórios do Programa de Demissão Voluntária (PDV) seja suficiente para a negativa de eficácia do direito fundamental em comento, porquanto não se deduz dessa circunstância que sejam ambos capazes de custear os ônus do processo sem prejuízo do sustento próprio e de sua família.

Há que se ponderar que a perda do emprego constitui fenômeno que não raras vezes acarreta queda brusca do poder aquisitivo do empregado incluído no PDV, podendo mesmo interferir na possibilidade de sustento de sua família, por largo período de tempo.

Não me impressiona o fato de o Sr. Reginaldo Félix Cavalcante e a Sra. Maria Ivone de Almeida terem recebido, respectivamente, as quantias de R\$ 80.695,29 e R\$ 31.273,76, a título de indenização pelo desligamento do emprego, porquanto razoável presumir-se que tais verbas serão utilizadas pelos ex-empregados do BEC como meio de subsistência própria e de sua família até a conquista do próximo emprego.

Na linha de entendimento aqui perfilhada, trago à colação os seguintes julgados pretorianos:

EMENTA: CIVIL E PROCESSO CIVIL. EMBARGOS

INFRINGENTES. ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA GRATUITA. DIREITO FUNDAMENTAL. MÁXIMA EFETIVIDADE. CONCESSÃO POR SIMPLES DECLARAÇÃO. PRESUNÇÃO DE POBREZA JURÍDICA NÃO INFIRMADA. IMPUGNAÇÃO IMPROCEDENTE.

1 – Pode o legislador infraconstitucional ampliar o âmbito de eficácia dos direitos fundamentais, como sucede com a Lei 1.060/50, que autoriza a concessão do benefício da assistência judiciária gratuita por simples declaração da pessoa física interessada.

2 – O simples recebimento de verbas decorrentes do Plano de Desligamento Voluntário não infirma a presunção de “pobreza jurídica” para efeitos da assistência judiciária gratuita.

3 – Embargos infringentes providos. Maioria.

(TJDFT - Órgão: 2ª CÂMARA CÍVEL

Classe: EICAPC – Embargos Infringentes na Apelação Cível

Nº Processo: 1999 01 1 013271-8

Embargante (s): APARECIDA ATSUKO ISHIGAMI SOLANA e outro(s)

Embargado (s): PREVI – CAIXA DE PREVIDÊNCIA DOS FUNCIONÁRIOS DO BANCO DO BRASIL

Relator: Desembargador CRUZ MACEDO

Revisor: Desembargador WALDIR LEÔNICIO JÚNIOR

Brasília (DF), 22 de junho de 2005.

EMENTA: GRATUIDADE DE JUSTIÇA. ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA GRATUITA E ASSISTÊNCIA JURÍDICA GRATUITA. PROVA E ALEGAÇÃO DE INSUFICIÊNCIA DE RECURSOS. COEXISTÊNCIA DE DUAS SITUAÇÕES DE GRATUIDADE DE JUSTIÇA. LEI N-1060/50 E ART-5, INCISO LXXIV, CONSTITUICAO FEDERAL.

1- COEXISTEM, NO SISTEMA JURIDICO BRASILEIRO, DUAS SITUAÇÕES DE GRATUIDADE DE JUSTIÇA. UMA, DE QUE CUIDA O ART.5, INCISO LXXIV, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL E QUE PERTINE COM A ASSISTÊNCIA JURÍDICA GRATUITA, PRESTADA PELO ESTADO ATRAVÉS DA DEFENSORIA PÚBLICA, QUE RECLAMA PROVA QUANTO A INSUFICIENCIA DE RECURSOS, FEITA PELA PARTE PERANTE ELA. OUTRA, DE QUE TRATA A LEI N-1060/50, RECEPCIONADA PELA CONSTITUIÇÃO FEDERAL, E QUE

DIZ COM A ASSISTÊNCIA JUDICIARIA GRATUITA, QUE AMPARA A PARTE QUE SE VALE DE PROFISSIONAL DE SUA ESCOLHA E NÃO INTEGRANTE DOS QUADROS DA DEFENSORIA PÚBLICA, BASTANDO, PARA DEFERIMENTO DE SEU BENEFICIO, A SIMPLES ALEGAÇÃO DE INSUFICIÊNCIA DE RECURSOS (ART.4).

2 - O FATO DO SERVIDOR TER RECEBIDO SUBSTANCIOSA QUANTIA A TÍTULO DE INDENIZAÇÃO, POR TER ADERIDO AO PLANO DE DEMISSÃO VOLUNTÁRIA, ISSO HA MAIS DE ANO, NÃO PODE SERVIR, POR SI E DIANTE DA ALEGACAO DE INSUFICIÊNCIA DE RECURSOS, PARA NEGAR-LHE O BENEFÍCIO DA ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA GRATUITA, DE PLANO.

3- AGRAVO PROVIDO. (Agravo de Instrumento Nº 597152180, Terceira Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Moacir Adiers, Julgado em 25/09/1997).

Pelo exposto, conheço do recurso e dou-lhe provimento, para reformar a sentença recorrida e conceder o benefício da gratuidade da justiça em prol dos apelantes.

É como voto.

Fortaleza, 05 de maio de 2008.

Órgão: 3ª Turma Cível
Classe: APELAÇÃO, da 21.ª Vara da Comarca da Capital
Ação de origem: Reparação de danos
Processo Nº: 2005.0009.6799-0
APELANTES: ANDRÉ PINHEIRO BEZERRA e outra
APELADA: SILVANA PINHEIRO DE SOUSA
Relator: Des. José Arísio Lopes da Costa

EMENTA. CIVIL. PROCESSO CIVIL. INDENIZAÇÃO. ACIDENTE DE TRÂNSITO. ATROPELAMENTO DE PEDESTRE EM RODOVIA. RESPONSABILIDADE CIVIL. CULPA DO MOTORISTA NÃO COMPROVADA. INTELIGÊNCIA DO ART. 333, I, CPC. PRESUNÇÃO. IMPOSSIBILIDADE ANTE A AUSÊNCIA DE PROVA

PERICIAL. CULPA EXCLUSIVA DA VÍTIMA. IMPROCEDÊNCIA DA AÇÃO.

1.Descabida a pretensão da autora, quando imputa culpa ao motorista do automóvel pelo funesto acidente que vitimou fatalmente sua filha menor. Encargo probatório de que não se desincumbiu a suplicante, consoante a regra contida no art. 333, I, CPC.

2.Mais a mais, está dito nos autos que ao se aproximar do local do acidente, o automóvel GOL saía de uma curva, cuja faixa de velocidade situa-se entre 60 e 80km/h, com visibilidade de cerca de 70m para divisar a vítima. Daí não se mostrar razoável, mesmo por dever de coerência, presumir-se que o veículo desenvolvia excessiva velocidade no momento do acidente, ou seja, não poderia ser tão elevada ou incompatível com a exigível naquela localidade.

3.Sem esquecer que sequer se levou a efeito o exame pericial, prova de total valia em casos que tais, inviabilizando, destarte, melhor avaliação acerca das exatas causas e circunstâncias motivadoras do acidente, mormente quanto à velocidade desenvolvida pelo coletivo naquele momento.

4.Sentença reformada. Ação julgada improcedente. Recurso provido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos de apelação cível nº 2005.0009.6799-0, de Fortaleza, em que são partes as acima indicadas.

ACORDA a Turma Julgadora da 3ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, por unanimidade de votos, em conhecer do recurso de apelação interposto, dando-lhe provimento, para reformar a sentença impugnada e julgar improcedente a ação, tudo nos termos do voto do Relator, parte integrante deste Acórdão.

RELATÓRIO

Cogita-se de recurso apelatório manejado por André Pinheiro Bezerra e Maria Nailê Carlos Peixoto, de sentença do juízo da 21ª Vara Cível de Fortaleza (fls. 177/183), que julgou procedente ação de reparação de danos materiais e morais movida por Silvana Pinheiro de Sousa contra os apelantes,

em face do evento morte da menor Márcia Régia Pinheiro de Sousa, filha da promovente, vítima de acidente de trânsito, em atropelamento causado por um veículo dirigido pelo primeiro apelante, de propriedade da segunda.

Culminando o *decisum* em condenar os réus a reparar a autora por danos morais na quantia de R\$ 15.000,00, abatendo-se, entanto, o valor correspondente ao seguro DPVAT, de R\$ 6.754,01, restando devida a quantia de R\$ 8.245,99, para pagamento em parcela única. Mais danos materiais no equivalente a meio (1/2) salário mínimo no interstício compreendido entre a data em que a vítima completaria quatorze (14) anos de idade até os 25 anos completos, passando, a partir daí, a assumir o valor sobre um quarto (1/4) do salário mínimo, até a data em que a vítima completaria sessenta e cinco (65) anos de idade.

Assim procedendo o julgador singular, ao entendimento sobre que o acidente automobilístico que vitimou fatalmente a filha menor da autora ocorreu por culpa do guiador do automóvel, sendo a proprietária deste responsabilizada solidariamente pelo fatídico acidente.

Por suas razões recursais de fls. 184/195, insistem os recorrentes, substancialmente, na tese esposada em sede contestatória, de culpa exclusiva da vítima.

A recorrida apresentou contra-razões, às fls. 198/207, a defender o acerto do julgado singular.

O então relator do recurso, em. Des. Ernani Barreira Porto, em despacho de fls. 213, determinou a remessa dos autos à d. Procuradoria Geral de Justiça, subtraindo-se, entanto, o representante do *Parquet* por emitir parecer de mérito, fundado em que não caracterizado o interesse público justificador da intervenção do Ministério Público, no caso.

É o relatório.

VOTO

Inicialmente conheço do apelo, posto presentes os seus pressupostos de admissibilidade.

O caso em tablado versa sobre o tema responsabilidade civil na modalidade aquiliana, decorrente de acidente automobilístico.

Indigita a demandante culpa ao primeiro demandado, pela morte de sua filha MÁRCIA RÉGIA PINHEIRO DE SOUSA, ocorrida em 30.01.2001, por volta das 12:30 hs, em frente à Churrascaria Mangueira, situada na av. Ulisses Guimarães, localidade de Iparana, comarca de Caucaia.

Consoante relato feito na vestibular, a vítima, então com apenas

quatro (4) anos de idade, teria sido atropelada pelo veículo de placas HUA-8618-CE, de propriedade de Maria Nailê Carlos Peixoto, segunda promovida, naquele momento dirigido por André Pinheiro Bezerra, primeiro suplicado. Atribuindo-se culpa exclusiva do guiador do veículo, o qual estaria trafegando na via pública, com velocidade acima de 60km/h, incompatível para o local do sinistro, haja vista haver ali uma escola com placa de advertência contendo o seguinte aviso: “devagar, passagem de pedestre”.

O juiz de primeiro grau, analisando as provas constantes dos autos, entendeu caracterizada a culpa recíproca, ou concorrente, uma vez que a responsável pela menor, naquela ocasião, sua prima Maria de Lourdes Pinheiro de Sousa (sobrinha da autora) “agiu negligentemente ao deixar uma criancinha de 4 anos, à beira de uma rodovia de trânsito intenso se soltar de suas mãos e invadir a pista de rolamento”.

Reconheceu, de outro lado, a culpa do motorista do veículo atropelador, sob o argumento de ter excedido o limite de velocidade permitido para o local do acidente.

Ao meu viso, a tese articulada pelo d. juiz monocrático, em decidindo por condenar os promovidos a reparar a promovente danos materiais e morais, fundado, essencialmente, no aspecto da culpa recíproca, não encontra ressonância nos elementos de prova entranhados ao fascículo processual, *sub examine*.

De feito.

O art. 159 do Código Civil de 1916, então vigente, enuncia - “Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência, ou imprudência, violar direito, ou causar prejuízo a outrem, fica obrigado a reparar o dano”.

Tratando do ônus probante nas obrigações e nos fatos jurídicos, assim pontifica o insigne EDUARDO J. COUTURE:

-“O princípio geral do ônus da prova pode caber em dois preceitos:
a) Em matéria de obrigações, o autor prova os fatos que supõem existência da obrigação, e o réu os fatos que supõem a sua extinção;
b) Em matéria de fatos e atos jurídicos, tanto o autor como o réu provam suas correspondentes proposições. Em virtude do primeiro princípio, o autor tem o ônus da prova dos fatos constitutivos da obrigação, e se não a produz, perde o pleito, ainda que o demandado nada prove: o demandado triunfa com o silêncio, porque a lei não coloca sobre ele o ônus da prova”. (in “FUNDAMENTOS DEL DERECHO PROCESAL CIVIL” – Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1981, página 243).

Do repertório de jurisprudência pátria, extrai-se importante precedente, *in litteris*:

Ementa

INDENIZAÇÃO-ATROPELAMENTO-RESPONSABILIDADE CIVIL - AUSÊNCIA DE PROVA DA CULPA - IMPOSSIBILIDADE DE SUA PRESUNÇÃO EM RAZÃO DE OMISSÃO DE SOCORRO OU DO FATO DE TER SIDO SUSPENSO O PROCESSO CRIMINAL - IMPROCEDÊNCIA DO PEDIDO QUE SE IMPÕE.

- A não-comprovação de conduta culposa por parte do motorista, não se pode reconhecer responsabilidade civil por danos e o dever de indenizá-los, uma vez que a culpa não se presume e deve restar escudada em fatos que tenham nexos de causalidade com os danos. (TJDFT, APELAÇÃO CÍVEL APC5025598, Órgão Julgador : 3ª Turma Cível, Relator Desª MARIA BEATRIZ PARRILHA, Publicação no DJU: 15/12/1999).

Na hipótese vertente, compulsando-se detidamente os fólios do processo, chega-se à conclusão de que se mostra de todo o ponto descabida a pretensão da autora, sobre imputar culpa ao guiador do automóvel GOL pelo funesto acidente que vitimou fatalmente a inditosa menor Márcia Régia Pinheiro de Sousa, já que ao meu sentir, a teor do art. 333, I, do CPC, não se desincumbiu a promotora de comprovar a culpa do motorista pela ocorrência do evento, de que se cuida, inviabilizando, assim, a responsabilização dos apelantes pela indenização perseguida.

Entendendo-se, nessa linha de raciocínio, que a apelada não fez prova convincente sobre que o guiador do automóvel, consoante alegado, estivesse trafegando em alta velocidade ou não empregando as diligências necessárias ao volante.

Até porque em sede de instrução da causa, apenas duas (2) testemunhas oculares foram ouvidas – Maria de Lourdes Pinheiro de Sousa e Francisca Alexandra Soares de Oliveira, que são primas -, cujos depoimentos convergem no sentido de que a inditosa vítima, desgarrando-se da mão da primeira, buscando transpor a rodovia, acabou por se lançar em meio à pista de rolamento, sendo inevitavelmente colhida pelo veículo guiado pelo primeiro promovido.

Não passando despercebido, que uma dessas testemunhas, justo a sra. Maria de Lourdes Pinheiro de Sousa (fls. 106/107), responsável pela condução da pequena Márcia Régia naquela ocasião, consoante declara é sobrinha da autora, portanto a esta ligada por um parentesco em linha colateral, no terceiro grau, bem por isso impedida de depor, no caso. Inteligência e aplicação do art. 405, § 2º, do CPC.

Donde, importa inferir-se, de nenhuma valia há de ser tido o depoimento por ela prestado, como de resto imprestável à condenação dos recorrentes, por dever de indenizar, ante o caso concreto.

Não custa nada, entanto, até porque inexistente impediante algum, perscrutados sejam os depoimentos assestados, por melhor visualização do lamentável evento, sendo ambas as testemunhas arroladas pela autora.

Assim é que depondo às fls. 106/107, Maria de Lourdes Pinheiro de Sousa, assegura:

-“que no dia do acidente a depoente estava com seu filho de oito meses no braço e com a vítima que era sua prima segurada pela sua mão; que estavam parados à beira da pista para atravessá-la; que de repente a vítima se solta da mão da depoente e correu para atravessar a pista, aí ela se assustou com a buzina do carro do promovido e ficou atarantada sem saber se ia ou vinha até que foi atropelada; que quando o veículo do promovido buzinou a vítima ainda estava longe; que quando o carro buzinou a vítima já tinha se soltado da mão da depoente; que o veículo atropelador vinha terminando de fazer a curva que tinha na pista; que calcula que o veículo atropelador vinha com cerca de 80 quilômetros por hora; que próximo ao local do acidente não havia faixa de pedestre” (grifos meus).

Agora o depoimento de Francisca Alexandre Soares de Oliveira (fls. 127/128):

-“que a depoente estava na parada do ônibus com o seu ex-namorado, quando presenciou o promovido vindo dirigindo seu veículo a uma velocidade de aproximadamente 80 km por hora; que nessa mesma ocasião a vítima que estava com sua tia tentando atravessar a pista, soltou-se da mão desta e foi colhida pelo veículo acima referido; que não sabe porque a criança soltou-se da mão de sua tia; que o promovido chegou a frear o carro já bem perto de atropelar a vítima; que também ele buzinou quando já estava perto da vítima; que não tem idéia da distância entre o local onde o promovido buzinou e o local onde estava a vítima; que o promovido socorreu a vítima e adotou todas as providências necessárias para o socorro adequado; que o promovido estava sóbrio e bastante controlado em face da situação ocorrida” (grifei).

Testemunhos tais, bem se vê, mostrando de sobejo que não houve da parte de Maria de Lourdes a devida cautela na guarda da infante que tinha sob sua responsabilidade naquele fatídico momento.

Há ainda o depoimento do Policial Rodoviário Federal - Ronald Cavalcante Lopes, às fls. 157/158, o qual, conquanto presenciado não tenha o sinistro, é de ter-se por real valia o seu testemunho, de par com a sua experiência em assuntos do trato, como tal por aceito há de ser tido, para melhor elucidação dos fatos, sob exame:

-“que verificou as condições do sítio do acidente, fez uma vistoria no veículo atropelador não encontrando nele nenhuma condição de ilegalidade; que indagando das pessoas no local do acidente, falou com um senhor que se diz parente da vítima, tendo este dito que o motorista do carro atropelador não tinha culpa porque a pessoa que conduzia a criança soltou sua mão; que o condutor do veículo atropelador teve cerca de 70m de visibilidade, dentro da faixa aceitável de 150m de resposta ao sair da curva para divisar a vítima; que a faixa de velocidade para fazer a curva que foi feita pelo promovido, é entre 60 e 80km/hora; que a velocidade permitida na curva acima referida é de 60km; que pelo tamanho da frenagem acima referida conclui-se que o veículo não desenvolvia alta velocidade, isto é, analisando-se somente a frenagem conclui-se que a velocidade era inferior a 60km” (grifei).

A tudo visto, força é inferir não restar a menor dúvida sobre a fragilidade da prova testemunhal coletada ao bojo dos autos, mormente porque conflitantes os depoimentos colhidos, não propiciando ao julgador elementos seguros para lastrear a versão pretendida pela promovente, a contexto da peça vestibular.

Assim entendido, não caber indenização contra demandado sem prova convincente de culpa.

Vale dizer, no caso não ficou comprovado que ao guiador do automóvel coube a responsabilidade pelo lamentável evento, de que resultou a morte da infeliz Márcia Régia.

Mais a mais, está dito nos autos que ao se aproximar do local do acidente, o automóvel GOL saía de uma curva, cuja faixa de velocidade situa-se entre 60 e 80km/h, com visibilidade de cerca de 70m para divisar a vítima. Daí não se mostrar razoável, mesmo por dever de coerência, presumir-se que o veículo desenvolvia excessiva velocidade no momento do acidente, ou seja, não poderia ser tão elevada ou incompatível com a exigível naquela localidade.

Sem esquecer que sequer se levou a efeito o exame pericial, prova

de total valia em casos que tais, inviabilizando, destarte, melhor avaliação acerca das exatas causas e circunstâncias motivadoras do acidente, mormente quanto à velocidade desenvolvida pelo automóvel naquele momento.

Realmente.

No entender da jurisprudência pátria, em se tratando de rodovias, o pedestre deve ter extremo cuidado ao atravessar a pista de rolamento, porquanto a velocidade dos veículos é presumivelmente alta em face de o limite ficar sempre acima dos 60km horários.

Nesse sentido, julgados que se transcrevem, a seguir:

- “Em rodovias estaduais e federais, cuja velocidade é superior à empregada nas estradas urbanas, o dever de diligência cumpre ao pedestre, que deve tomar um extremo cuidado ao atravessá-las, estando afastada a previsibilidade por parte do motorista e, por consequência, a sua culpabilidade, sobretudo quando observa as normas básicas de trânsito” (Des. José Volpato de Souza).

(TJSC, Apelação Cível: Número: 2005.019505-0, Des. Relator: Juiz Sérgio Izidoro Heil, Data da Decisão: 30/09/2005)

APELAÇÃO CÍVEL - INDENIZAÇÃO POR ATO ILÍCITO C/C DANOS MORAIS - RESPONSABILIDADE CIVIL - ATROPELAMENTO DE PEDESTRE EM RODOVIA - CULPA DO MOTORISTA NÃO COMPROVADA - TRAVESSIA PERIGOSA - TRANSEUNTE NÃO CAUTELOSO - CULPA EXCLUSIVA DA VÍTIMA - SENTENÇA MANTIDA - RECURSO NÃO PROVIDO.

Age com culpa manifesta a vítima que atravessa rodovia estadual sem adotar as cautelas mínimas de segurança, mormente se comprovado o insucesso de idêntica tentativa levada a efeito momentos antes do atropelamento.

(TJSC, Apelação cível Número: 1999.015007-0, Des. Relator: Des. Wilson Augusto do Nascimento, Data da Decisão: 30/05/2003).

-Acidente de trânsito. Ausência de prova de culpa. Improvimento do recurso.

Não demonstrada a culpa do motorista do veículo atropelador e diante da evidência de que o fato decorreu de imprudência exclusiva

do pedestre, que invadiu a pista, com nítidos sinais exteriores de embriaguez, julga-se improcedente a ação proposta por este último” (TJDFT, Relator Des. Deocleciano Queiroga, in Revista de Doutrina e Jurisprudência, vol 38, p. 386).

Nessas circunstâncias, posto não restando comprovada a culpa do guiador do automóvel atropelador, também não se há como imputar responsabilidade à proprietária do veículo e dela exigir reparação de danos, tampouco do seu preposto.

Enfim, inexistente, ao meu sentir – repete-se - prova eficiente que demonstre a culpabilidade do condutor do veículo GOL, de propriedade da segunda promovida, capaz de determinar indenização ante o trágico acidente que vitimou a menor Márcia Régia Pinheiro de Sousa, afastados - ou não revelados -, nesse discernimento, os pressupostos da imprudência, negligência ou imperícia.

Tudo levando a crer tratar-se de acidente de trânsito, *in casu*, decorrente de culpa exclusiva da inditosa vítima.

NESTAS CONDIÇÕES, conheço do recurso de apelação interposto, dando-lhe provimento, para reformar a sentença impugnada e julgar improcedente a ação.

É como voto.

Fortaleza, 14 de abril de 2008.

Apelação Cível nº 2005.0007.6327-8/1.

Apelante: BSE S/A.

Apelada: Liérgina Pedrosa Alves e Silva.

Relator: Desa. Edite Bringel Olinda Alencar

EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL. DIREITO DO CONSUMIDOR. Suspensão da prestação de serviço de telefonia móvel, por suposta inadimplência. Valores decorrentes do uso indevido da conta da consumidora por terceiros (clonagem), fato anteriormente reconhecido pela prestadora. Descaso no atendimento. Dano moral verificado. Indenização que tem como objetivo reparar o dano sofrido e sancionar o causador deste. RECURSO CONHECIDO E NÃO PROVIDO.

ACÓRDÃO:

Vistos, relatados e discutidos estes autos em que são partes as acima indicadas, acordam os desembargadores integrantes da Terceira Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, por unanimidade de votos, em conhecer do recurso para negar-lhe provimento, nos termos do relatório e do voto da relatora, que passam a fazer parte integrante do presente acórdão.

RELATÓRIO

Cuida-se de apelação cível interposta pela BCP S/A (CLARO), sucessora da empresa BSE S/A (fls. 154/160), figurando como apelada LIÉRGINA PEDROSA ALVES E SILVA, em face de decisão proferida pela MMª. Juíza de Direito da 10ª Vara Cível desta Comarca de Fortaleza.

Conforme se observa nos presentes autos (fls. 120/125), a douta Magistrada julgou procedente o pedido de indenização por danos morais realizado pela autora e condenou a apelante a pagar, por bloqueio indevido de aparelho celular, a quantia de R\$ 7.000,00 (sete mil reais).

Não resignada, interpôs a concessionária o recurso em liça alegando, em suma, que os bloqueios foram realizados por dois motivos: por haver ocorrido clonagem e, posteriormente, por inadimplência. Com base nos referidos fatos, pleiteou a apelante a improcedência do pedido de indenização ou a redução do valor fixado a título de danos morais (fls. 134/149).

Contra-razões apresentadas tempestivamente, fls. 178/187, pleiteando o não provimento do recurso e, conseqüentemente, a manutenção da sentença investivada.

Esse, o relatório, no essencial.

Voto:

Conforme consta nos presentes autos, alegou a autora que o seu aparelho celular, de tecnologia TDMA, teria sido clonado, pois na fatura com vencimento no dia 05/06/2005 (período de referência 18/04/2005 a 17/05/2005) foram registradas ligações supostamente irregulares para o Estado de Pernambuco (fls. 20/22).

Após noticiar o fato à operadora, esta efetuou a substituição do telefone da consumidora por outro mais moderno, de tecnologia GSM (fls. 15/18), e efetuou um reajuste da mencionada conta.

Impende ressaltar que o fato “clonagem” restou incontroverso, pois, além de haver praticado atos destinados a contornar o problema (bloqueio e substituição do aparelho), a apelante reconheceu nos presentes autos a sua ocorrência.

No mês subsequente, a fatura com vencimento no dia 05/07/2005 (período de referência 18/05/2005 a 17/06/2005) trouxe novamente ligações para o Estado de Pernambuco, realizadas nos dias 09 e 10 de maio, ou seja, no exato período em que a CLARO reconheceu a clonagem do aparelho celular (fls. 23/24-v).

Não obstante, a operadora adotou procedimento diverso daquele realizado no mês anterior. A CLARO encaminhou à consumidora carta de cobrança (fl. 101) alertando-a de que o não pagamento da dívida poderia acarretar a suspensão da prestação do serviço de telefonia móvel.

Segundo a autora, a irregularidade foi novamente comunicada à empresa, por meio de ligações telefônicas, que receberam os números de protocolo 19874062, 22356043 e 24164677.

Apesar da flagrante irregularidade da cobrança, a apelante efetuou a suspensão do serviço, não merecendo, dessa forma, acolhimento a alegação de que o último bloqueio ocorreu por mera inadimplência da apelada.

Observa-se nos autos que a consumidora foi tratada com descaso, pois esta tentou diversas vezes explicar que o valor elevado da nova fatura era, ainda, conseqüência da clonagem de sua conta. No caso em liça, a atitude da prestadora de serviço ultrapassou o mero incômodo, para configurar um verdadeiro desrespeito.

Verificada, assim, a existência de um dano moral, resta aferir o importe indenizatório. A douta Magistrada de primeiro grau, em sua sentença de fls. 120/125, condenou a CLARO a indenizar a autora em R\$ 7.000,00 (sete mil reais).

A indenização por constrangimentos morais funda-se no arbítrio do magistrado, que deve balizar seu entendimento num juízo de razoabilidade, com o desiderato de evitar distorções do direito à indenização. Mas essa espécie de indenização, além do caráter compensatório, possui também o escopo de sancionar o causador do dano, possuindo um efeito pedagógico.

Sobre a matéria, Luiz Antônio Rizzatto Nunes afirma que:

“Ora, com se viu, no dano moral, não há prejuízo material. Então a indenização nesse campo possui outro significado. Seu objetivo é

duplo: satisfativo-punitivo. Por um lado, a paga em pecúnia deverá proporcionar ao ofendido uma satisfação, uma sensação de compensação capaz de amenizar a dor sentida. Em contrapartida, deverá também a indenização servir como punição ao ofensor, causador do dano, inculcando-lhe um impacto suficiente para dissuadi-lo de um novo atentado”.

(NUNES, Luiz Antônio Rizzatto. Comentários ao Código de Defesa do Consumidor. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 61).

É notório o fato de que há deficiências no atendimento por parte das grandes empresas prestadoras de serviço, em especial nos realizados por telefone, que acaba por submeter o consumidor a longas ligações telefônicas para, ao final, receber respostas imprecisas e contraditórias. Esse é o fato que merece sanção e que justifica o valor fixado pela douta Magistrada da 10ª Vara Cível desta Comarca.

Por todo o exposto, nego provimento ao presente recurso de apelação cível.

É como voto.

Fortaleza, 25 de fevereiro de 2008.

PROCESSO Nº 2004.0014.6997-9/1

APELAÇÃO CÍVEL DA COMARCA DE CAUCAIA

APELANTES: ANA CÉLIA BASTOS DE ABREU, ANTÔNIO JARBAS PINHEIRO DE FARIAS, ANTÔNIO ALAILSON PEREIRA DOS SANTOS, ADRIANA BARBOSA DA MOTA BORGES, ADRIANA TAVARES VIEIRA PESSOA, CARLOS HENRIQUE LEMOS ALVES, CÍCERA BEM VINDA DE LIMA GOMES, FERNANDA CÉLIA DA SILVA, FRANCISCO JOSÉ SILVA FAÇANHA, FÁBIO AMARO MONTEIRO DA SILVA, FRANCILENA PONTES GUERRA, GERMANA GOMES XAVIER, JOSÉ JORGE VIEIRA ALCÂNTARA, JOSÉ MAURO MATIAS VIEIRA, JOSÉ IRAPUAN SANTOS DA ROCHA, LUISA MARIA RODRIGUES MORAES, LUCINEIDE FONTENELE TAVARES, MARIA ALICE GUEDES DE ARAÚJO, MARIZIA MATIAS VIEIRA, MARIA DO SOCORRO RAMOS DA SILVA, MARIA MONIQK ALENCAR GOMES, MARIA SUERDA SAMIA DE SOUZA, MARIA CLAUDINETE LOPES MATOS, MÔNICA

SUELY CABRAL VIEIRA, MARIA MIRACÉLIA FARIAS DE OLIVEIRA, PAULO SÉRGIO DA ROCHA FRANCO, PAULO CÉSAR RODRIGUES DA COSTA, REGINA CLÁUDIA BARBOSA RAMOS, RITA DE CÁSSIA VAZ LIMA, SILVIA HELENA PONTES GUERRA, TEREZINHA DE JESUS RODRIGUES DA COSTA, VERÔNICA MARA MORA MORAIS, VERA LÚCIA MONTEIRO DE NOJOSA, WALDIMIRO ELOY DE SANTANA FILHO, VOLGAN TIMBÓ MENDES JÚNIOR e ANTÔNIA EDINEIDE LIMA DE FREITAS.

APELADO: MUNICÍPIO DE CAUCAIA

ÓRGÃO JULGADOR: 3ª CÂMARA CÍVEL

RELATOR: DES. CELSO ALBUQUERQUE MACÊDO

EMENTA: RECURSO APELATÓRIO. CONSTITUCIONAL. AÇÃO ORDINÁRIA. SERVIDOR PÚBLICO MUNICIPAL. REVISÃO VENCIMENTAL NA ORDEM DE 375%. LEI Nº 1.431/2001. PREVISÃO PARA OS PROCURADORES DO MUNICÍPIO. SERVIDORES DA SECRETARIA DE FINANÇAS MUNICIPAL. INAPLICABILIDADE. PEDIDO DE ISONOMIA. IMPOSSIBILIDADE. AUSÊNCIA DE LEI ESPECÍFICA. SÚMULA Nº 339 DO STF. RECURSO CONHECIDO E IMPROVIDO.

1 - O aumento de vencimentos dos servidores deve ser concedido através de Lei Específica. Hipótese em que a Lei nº 1.431/2001 tratou exclusivamente dos servidores municipais ocupantes dos cargos de Procuradores do Município, não acarretando afronta ao princípio da isonomia e não aplicando a servidores com outros cargos.

2 - Patente a impossibilidade do Poder Judiciário, que não tem função legislativa, aumentar vencimentos de servidores públicos, sob o fundamento de isonomia. Afronta ao enunciado da Súmula nº 339 do STF e aos princípios da legalidade e independência entre os poderes.

3 - Súmula nº 339 do STF: “Não cabe ao Poder Judiciário, que não tem função legislativa, aumentar vencimentos de servidores públicos sob fundamento de isonomia”.

4 - Recurso Voluntário conhecido para NEGAR-LHE PROVIMENTO, confirmando a sentença de 1º grau em todos os seus termos.

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 para NEGAR-LHE PROVIMENTO, confirmando a sentença de 1º grau, nos termos do voto do relator, que faz parte desta decisão.

RELATÓRIO

Cuida-se de Apelação interposta por ANA CÉLIA BASTOS DE ABREU e OUTROS, CONTRA SENTENÇA DA JUÍZADA 2ª Vara da Comarca de Caucaia, que julgou improcedente o pedido constante da inicial, com arrimo nos artigos 37, X e 39, § 1º, I, da CF e Lei Municipal nº 1.431/2001, pertinente à extensão de revisão vencimental na ordem de 375% (trezentos e setenta e cinco por cento), concedida aos Procuradores do citado município.

Nas razões de apelação, após a citação de matérias doutrinárias e jurisprudenciais pertinentes, apontaram as partes apelantes que o Chefe do Executivo de Caucaia perpetrou ofensa ao Princípio da Legalidade, quando não observou os ditames contidos no art. 37, X, da CF, concedendo a determinado grupo de servidores aumento vencimental em detrimento das demais categorias. Aduzem que a arguição de que a Lei Municipal nº 1.431/2001, não tratou de revisão geral, e sim de “uma revisão setorial” não tem como prosperar, posto que todas as categorias sofreram e sofrem com as perdas inflacionárias. Pedem a reforma da sentença monocrática, com a determinação da implantação da diferença salarial de 375% (trezentos e setenta e cinco por cento), nos respectivos salários.

O município de Caucaia, nas contra-razões, argumenta que a Lei nº 1.431/2001, disciplinou uma revisão salarial específica incidente no cargo de “Procurador do Município”, e assim o fez com respaldo na Constituição Federal, por evidente que o art. 39 textualmente autoriza. Os autores não se enquadram na categoria de “Procuradores”, sendo todos lotados na Secretaria de Finanças do Município, não exercendo, pois, a função de Procurador. Assim, como servidores ou categorias distintas, não há ofensa ao princípio da isonomia, inclusive não há referência a servidores realmente iguais. Requerem o improvimento da apelação.

A Procuradoria Geral de Justiça exarou parecer consistente ao improvimento do recurso, com a conseqüente manutenção da sentença.

É o relatório.

Incluídos em pauta de julgamento.

VOTO

De início, a Constituição Federal estabelece:

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:

(...)

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

Art. 39. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios instituirão conselho de política de administração e remuneração de pessoal, integrado por servidores designados pelos respectivos poderes.

§ 1º. A fixação dos padrões de vencimento e dos demais componentes do sistema remuneratório observará:

I - A natureza, o grau de responsabilidade e a complexidade dos cargos componentes de cada carreira;

Vê-se, *in specie*, que a Constituição fez a previsão dos seguintes pontos: a) somente por Lei específica haverá aumento de vencimentos e subsídios; b) é assegurada aos servidores a revisão geral anual, sempre na mesma data e sem distinção de índices.

Para a concessão de aumento setorial, a CF trouxe a previsão de que o padrão de vencimento do serviço público obedecerá a natureza e grau de responsabilidade de cada cargo. Com frequência, a Administração estabelece padrões vencimentais diferenciados (policiais, professores, agentes de saúde, etc.), sem o risco de qualquer transgressão legal.

Trago a colação ensinamento de CARVALHO FILHO sobre a revisão geral e a revisão específica.

“A primeira, retrata um reajustamento genérico calcado fundamentalmente na perda de poder aquisitivo do servidor em decorrência do processo inflacionário; a segunda, atinge apenas determinados cargos e carreiras, considerando a remuneração paga

às respectivas funções e carreiras...”

(In Manual de Direito Administrativo, José dos Santos Carvalho Filho, 10ª Edição, p. 570).

A lição de HELY LOPES MEIRELES destaca que “A percepção de vencimentos pelo exercício do cargo é a regra da administração brasileira, que desconhece cargo sem retribuição pecuniária.”

Na Apelação Cível nº 2000.0135.6239-9/1, relatada pelo Desembargador Ademar Mendes Bezerra, a 2ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Ceará, proferiu o seguinte julgamento:

“CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. AÇÃO ORDINÁRIA. SERVIDOR PÚBLICO. REAJUSTE SETORIAL DE DEZENOVE POR CENTO. LEI Nº 12.611/96. ALCANCE. PRETENSÃO DE DAR ABRANGÊNCIA GERAL À CIATADA LEI, A FIM DE RECONHECER O DIREITO DE TODOS OS SERVIDORES A GOZAREM DO BENEFÍCIO. IMPOSSIBILIDADE.

- É defeso ao Judiciário exercer o papel de Legislador positivo, ainda que se identificasse omissão do Poder responsável pela propositura de projeto de lei tratando do reajuste de servidores.

- A lei nº 12.611/96, de natureza setorial, haja vista dizer respeito apenas aos professores de primeiro e segundo graus, não pode servir de causa de pedir ou base jurídica para abranger situações não previstas por ela.

- Não se pode confundir reajuste geral, previsto no art. 37, X, da Constituição Federal, com o reajuste setorial e determinado a solucionar desproporções entre os vencimentos de certa categoria de servidores integrantes de uma classe ou inscritos em um cargo.

- Incidência do enunciado de Súmula nº 339, segundo a qual “Não cabe ao Poder Judiciário, que não tem função legislativa, aumentar vencimentos de servidores públicos sob o fundamento de isonomia.”.

- O reajuste de servidores requer a edição de lei propiciadora do aumento pretendido, inócurre na espécie.

- Apelação do Estado do Ceará e remessa oficial providas e apelação da parte adversa improvida.”

(Apelação Cível nº 2000.0135.6239-9/1, Relator Des. Ademar Mendes Bezerra, 2ª CC do TJ/CE, DJ 25.04.2008, p. 27).

O raciocínio é condizente com o enunciado da Súmula 339, do STF: “O Poder Judiciário não tem competência para aumentar vencimentos de servidores públicos, sob fundamento de isonomia. Conjugam-se, no caso concreto, o Poder Executivo e o Poder Legislativo, para o cumprimento de revisão salarial dos servidores, tanto no aspecto geral, como no específico.

O ensinamento de CELSO ANTONIO BANDEIRA DE MELO, sobre o tema, é o seguinte:

“O propósito da Lei: sua função precípua, reside exata e precisamente, em dispensar tratamentos desiguais. Isto é, as normas legais nada mais fazem que discriminar situações, à moda que as pessoas compreendidas em uma e em outras vêm a ser colhidas por regimes diferentes. Donde, a alguns são deferidos determinados direitos e obrigações que não assistem a outras, por abrangidas em diversa categoria, regulada por diferente plexo de obrigações e direitos.” (*In* O Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade, 3ª Edição, SP, Malheiros, p. 12/13).

A concessão de aumento vencimental diferenciado não se reveste de ilegalidade. Inexiste o abuso de poder, enquanto a Lei nº 1.431/2001, não foi objeto de lesão a direito dos autores. CRETILLA JÚNIOR, ensina:

“Se o ato administrativo, passando por todos os estágios do ciclo evolutivo pré-traçado, chega a termo incólume, sem o menor defeito nos elementos constitutivos de sua anatomia ou estrutura – agente, objeto, forma, motivo, fim – resta ao administrado, ferido em seus interesses pela substância do ato, conformar-se ou solicitar à autoridade administrativa que o restaure do prejuízo sofrido ou lhe conceda a vantagem a que julga ter direito; isso em nome da equidade, ou sob qualquer outro pretexto.” (*In* Controle Jurisdicional do Ato Administrativo, 1984, Forense, p. 21).

Nesse sentido, já decidiu esta Corte de Justiça em situações análogas, conforme se depreende das ementas abaixo colacionadas:

“CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. APELA-ÇÕES CÍVEIS. AÇÃO ORDINÁRIA. SERVIDORES DO MUNICÍPIO DE FORTALEZA. RETRIBUIÇÃO ADICIONAL VARIÁVEL –

RAV. LEI Nº 6.469/89. PREVISÃO PARA OS AUDITORES DE TRIBUTOS MUNICIPAIS. AGENTES FISCAIS DE TRANSPORTES SAÚDE E ABASTECIMENTO. INAPLICABILIDADE. ISONOMIA. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 339 DO STF. HONORÁRIOS. ADVOCATÍCIOS. VALOR IRRISÓRIO. MAJORAÇÃO. ART. 20, § 4º, DO CPC. RECURSO DOS AUTORES DESPROVIDO, PROVIDO O DO RÉU.

1. A Retribuição Adicional Variável – RAV, instituída pela Lei nº 6.469/89 aplica-se aos servidores ocupantes dos cargos de Auditor de Tributos Municipais da Secretaria de Finanças do Município, falecendo de previsão legal sua extensão aos Agentes Fiscais de Transportes, Saúde e Abastecimento.

2. A teor da Súmula nº 339 do STF, não cabe ao Poder Judiciário, que não tem função legislativa, aumentar vencimentos de servidores com fundamento no princípio da isonomia, que só se efetiva por expressa previsão legal.

(...).”

(Apelação Cível nº 2000.0117.3265-3/1, Relator Des. Antônio Abelardo Benevides Moraes, 3ª Câmara Cível do TJ/CE, julgado em 10.12.2007).

“CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. APELAÇÃO CÍVEL. REEXAME NECESSÁRIO. AÇÃO ORDINÁRIA. PRESCRIÇÃO. FUNDO DE DIREITO. INOCORRÊNCIA. SERVIDORES PÚBLICOS DO MUNICÍPIO DE FORTALEZA. RETRIBUIÇÃO ADICIONAL VARIÁVEL – RAV. LEI Nº 6.469/89. PREVISÃO PARA OS AUDITORES DE TRIBUTOS MUNICIPAIS. AGENTES FISCAIS DE HIGIENE E ABASTECIMENTO. INAPLICABILIDADE. ISONOMIA. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 339 DO STF. RECURSO E REMESSA CONHECIDOS E PROVIDOS.

1. Não há que falar em prescrição do fundo de direito, mas apenas das parcelas vencidas há mais de cinco anos do ajuizamento da ação, uma vez que se verifica, na espécie, prestação de trato sucessivo, inexistindo nos autos prova da negativa da Administração com relação ao direito pleiteado pelos autores. Princípio albergado pelo Súmula nº 85 do STJ.

2. A Retribuição Adicional Variável – RAV, instituída pela Lei nº

6.469/89 aplica-se aos servidores ocupantes dos cargos de Auditor de Tributos Municipais da Secretaria de Finanças do Município, falecendo de previsão legal sua extensão aos Agentes Fiscais de Higiene e Abastecimento da Secretaria de Saúde, pois “independentemente de similitude ou não das funções comparadas, o direito a isonomia de vencimentos só se efetiva por expressa previsão legal.” STF, RE-AgR 423877/CE, julgado em 25.04.2006, DJ de 19.05.2006, pág. 15).

3. A teor da Súmula nº 339 do STF, não cabe ao Poder Judiciário, que não tem função legislativa, aumentar vencimentos de servidores com fundamento no princípio da isonomia.

4. Recurso e reexame necessário conhecidos e providos.”

(Apelação Cível nº 2004.0007.4843-2/0, Relator Des. Antônio Abelardo Benevides Moraes, 3ª Câmara Cível do TJ/CE, julgado em 07.01.2008).

“ADMINISTRATIVO. SERVIDOR PÚBLICO. VANTAGEM. RETRIBUIÇÃO ADICIONAL VARIÁVEL - RAV. ISONOMIA. IMPOSSIBILIDADE.

A gratificação, estipulada pela Lei Municipal nº 6.469/89, por óbvia decisão legislativa, é exclusiva de uma determinada categoria, exigência de critérios para auferimento de pontos de produtividade, levando-se em conta a eficiência individual do servidor e o incremento da arrecadação, consagrando-se assim justamente o princípio da isonomia, que não restou maculado, uma vez que a administração apenas desigualou os desiguais. Ademais, mesmo que tivesse existido alguma mácula ao princípio isonômico, forçoso era aplicar o teor da Súmula nº 339 do Supremo Tribunal Federal, que impede o Poder Judiciário, que não tem função legislativa, aumentar vencimentos de servidores públicos sob fundamento de isonomia. Recurso provido.”

(Apelação Cível nº 2003.0013.8487-8/0, Relator Des. José Arísio Lopes da Costa, 1ª Câmara Cível do TJ/CE, julgado em 20.06.2005).

Nestas condições, tomo conhecimento do recurso de apelação, pois tempestivo, mas para negar-lhe provimento, confirmando a sentença de 1º grau em todos os seus termos.

É como voto.

Fortaleza, 16 de junho de 2008.

PROCESSO Nº 2004.0016.1132-5/0
APELAÇÃO CÍVEL DA COMARCA DE FORTALEZA
RECORRENTE: JUIZ DE DIREITO DA 1ª VARA DA FAZENDA PÚBLICA
DA COMARCA DE FORTALEZA
APELANTE: ESTADO DO CEARÁ
APELADA: EMPRESA SANTO ANTÔNIO LTDA.
ÓRGÃO JULGADOR: 3ª CÂMARA CÍVEL
RELATOR: DES. CELSO ALBUQUERQUE MACÊDO

EMENTA: RECURSO OFICIAL E VOLUNTÁRIO. CONSTITUCIONAL E CIVIL. RESPONSABILIDADE CIVIL OBJETIVA. ART. 37, § 6º DA CARTA MAGNA. INVASÃO DE TERRENO DE PARTICULAR POR “SEM TETOS”. OMISSÃO DO ESTADO COMPROVADA. DEVER DE INDENIZAR CARACTERIZADO. RECURSOS CONHECIDOS E IMPROVIDOS. SENTENÇA CONFIRMADA EM TODOS OS SEUS TERMOS.

1 – No caso, restou caracterizada a culpa objetiva do Estado, através de seus agentes, pela inércia do Poder Público em tomar medidas cabíveis para o cumprimento de decisão judicial.

2 – A empresa autora demonstrou que a invasão e perda do terreno objeto do litígio, deveu-se por prazo requerido pelo Procurador do Estado e deferido pelo juiz, sem as providências cabíveis para cumprimento da liminar.

3 – O art. 37, § 6º, da CF/88 estabelece a responsabilidade civil objetiva do Estado, para todos os seus entes políticos nos seguintes termos:

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.”

4 – Na hipótese dos autos, as provas acostadas são robustas e comprovam a culpa do Estado, através de seus agentes, com o conseqüente dever de indenizar.

5 – A administração Pública não se desincumbiu de provar qualquer causa que eximisse sua obrigação, ou que a empresa tenha concorrido para ocorrência do evento. Diversamente, ficou provado o nexu causal entre a atuação do Estado e o prejuízo experimentado do outro lado.

6 – Recursos Oficial e Apelação CONHECIDOS e IMPROVIDOS para confirmar a sentença monocrática em todos os seus termos.

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 dos Recursos Oficial e Apelação para NEGAR-LHES PROVIMENTO, confirmando a sentença monocrática, nos termos do voto do relator, que faz parte desta decisão.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Oficial e de Apelação interpostos pelo ESTADO DO CEARÁ contra decisão do juízo da 2ª Vara da Fazenda Pública de Fortaleza, em substituição ao titular da 1ª Vara da espécie, que julgou procedente o pedido da Empresa Santo Antônio Ltda., para determinar que o Estado do Ceará indenize o promovente pela perda da posse do imóvel situado nesta Capital, à rua Osório de Paiva, por onde tem a sua frente no lugar Siqueira, distrito de Parangaba medindo 80 (oitenta) metros de largura por 515 (quinhentos e quinze) metros de fundos, com área de 41.200 (quarenta e um mil e duzentos) m², decorrentemente de invasão por pessoas sem teto, cuja desocupação, embora determinada judicialmente, não foi efetivada por inércia do Poder Estatal.

O apelante argumenta, fls. 69/74, que entre a atitude estatal, descrita na peça vestibular, e no prejuízo da autora não se observa qualquer relação de causalidade, tendo em vista a circunstância de paralisação do processo pelo prazo assinalado de 60 (sessenta) dias, não trazendo como conseqüência todas as edificações que se acham atualmente no terreno, tampouco a almejada perda do mencionado imóvel.

Concorre ao dano, também, a conduta da recorrida, que exercia o direito de propriedade de um terreno, servido de energia elétrica, água e esgoto, em plena região de desalojados, vigiado por um único homem, sem muros, cometeu um descaso que só poderia culminar na invasão ocorrida.

Por fim, com a citação de entendimentos doutrinários e jurisprudenciais, requereu fosse conhecido o presente Recurso de Apelação, com o conseqüente provimento, reformando a sentença de 1º grau.

A Empresa apelada, fls. 75/77, sustenta que o Estado é obrigado a indenizar os danos causados por movimentos multitudinários, principalmente quando tenha havido prévio aviso ou solicitação de garantias por parte da vítima, ou quando se demonstre que o governo, funcionando regularmente, podia evitar esses danos e não o fez. No caso concreto, o Estado pleiteou a sustação da execução da sentença por 60 (sessenta) dias, prometendo obter nesse espaço de tempo, a retirada pacífica dos invasores através da Secretaria de Desenvolvimento Urbano e Meio Ambiente – SDU, em conjunto com a PMCe. O tempo passou e a invasão tomou todo o terreno questionado, conforme reconheceu a sentença monocrática, com requerimento firmado quanto à confirmação da sentença de 1º grau.

A Procuradoria Geral de Justiça, fls. 87/94, vislumbrando aspectos da responsabilidade objetiva do Estado, como a ocorrência do dano, nexos causal, a oficialidade da conduta lesiva e inexistência de causa excludente, exarou parecer no sentido da manutenção da sentença atacada.

É o sucinto relatório.

Incluídos em pauta de julgamento.

VOTO

Vê-se, *in specie*, que o juízo monocrático, na sentença de fls. 65/67, destacou:

“Primeiramente, *in casu*, não há como negar que houve um fato, isto é, a invasão do terreno objeto da lide por populares sem teto; em segundo lugar, do dano sofrido pela Empresa requerente; em terceiro lugar, o nexos causal, ou seja, a impossibilidade de o Estado, enquanto provedor de moradia, solucionar o litígio, embora tenha suplicado pela concessão do prazo de 60 (sessenta) dias, a fim de que a Secretaria de Desenvolvimento Urbano e Meio Ambiente – SDU, em ação conjunta com a PMCe, obtivesse a desocupação pacífica do imóvel ocupado.”.

Sabidamente, quando os danos não são causados por agentes públicos, cabe a quem sofreu a danificação por atos de terceiros, provar a culpa da Administração. A doutrina de CARMEN LÚCIA ANTUNES ROCHA, é elucidadora:

“Para que seja a entidade estatal responsabilizada perante o particular pelo seu comportamento lícito ou ilícito, urge que entre este e o dano resultante tenha havido nexos de causalidade, do qual nasce o vínculo obrigacional extracontratual entre o sujeito estatal e o particular.”

(In Princípios Constitucionais da Administração Pública, Ed. Del Rey, p. 269).

As circunstâncias entre o prejuízo e a ação revelam o nexos causal, começando pelo Relatório Policial de fl. 11, com a informação de que “ZEZINHO DO BOM JARDIM” – liderando um grupo de mais de 10 (dez) homens, demarcou as terras de propriedade da Empresa promovente. A liminar de manutenção de posse, datada de 18.08.1993, fl. 18/v., da lavra do então juiz da 1ª Vara Cível, respondendo pela 19ª, Dr. José Arísio Lopes da Costa, não foi cumprida em razão de forte resistência oferecida pelos invasores, conforme certidão lavrada por oficiais de justiça, fl. 19/v., datada de 20 de agosto de 1993. Em 09 de setembro de 1993, o Comando da Polícia Militar ainda não tinha fornecido a força policial solicitada, com destaque da devolução do mandado pelo setor competente do Fórum Clóvis Beviláqua (2ª Certidão, fl. 19/v.).

Realmente, no dia 19 de agosto de 1993, o Dr. Juiz solicitara ao Comando da PM, fl. 20, a disponibilidade de força pública para o cumprimento do mister, tendo sido recebida a 1ª via pelo Comandante Geral, Coronel Francisco Hamilton Rocha Barroso, em 25.08.1993. Em 09 de setembro de 1993, o Estado do Ceará, através do Procurador, Dr. Juvêncio Vasconcelos Viana, fl. 25, solicitou prazo de 60 (sessenta) dias para a desocupação pacífica do imóvel ocupado.

Às fls. 28/29, o Ministério Público, à vista de que o Estado interferiu, pediu prazo para que o problema fosse solucionado, como nada aconteceu, não ligando para o direito da parte lesada, como também para ordem judicial, exarou parecer quanto ao cumprimento da ordem de desocupação, em 26 de novembro de 1993.

O tempo passou sem qualquer providência do Estado, resultando na construção de centenas de casas ocupadas por famílias intituladas de “sem terra”, sendo impossível a retomada do imóvel. O Código Civil de 1916, em seu

artigo 929, estabelecia: “Aquele que tiver permitido ato de terceiro, responderá por perdas e danos quando este não o executar.”. Por vez, o artigo 159 estabelecia: “Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito ou causar prejuízo a outrem, fica obrigado a reparar o dano.”.

Desdubiosamente, o Estado está obrigado a propiciar segurança; a garantir o direito de propriedade, enquanto com a sua omissão contribuiu para a invasão se consolidar, com as provas indicando: documento de propriedade da autora; invasão constatada pela Delegacia de Polícia; ordem judicial expedida ao Comando da PM; requerimento do Estado no tocante ao prazo de 60 (sessenta) dias para a desocupação voluntária do terreno invadido.

Trago a colação decisão da 2ª T. do STF, transcrita pelo juiz sentenciante, fl. 66, *verbis*:

“CONSTITUCIONAL. CIVIL, RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. CF, 1967, ART. 107, CF/88, ART. 37, § 6º). A responsabilidade civil do Estado, responsabilidade objetiva, com base no risco administrativo, que admite pesquisa em torno da culpa do particular, para o fim de abrandar ou mesmo excluir a responsabilidade estatal, ocorre, em síntese, 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. A consideração no sentido da licitude da ação administrativa é irrelevante, pois o que interessa, e isto: sofrendo o particular um prejuízo, em razão da atuação estatal, regular ou irregular, no interesse da coletividade, e devida a indenização, que se assenta no princípio da igualdade dos ônus e encargos sociais...”.

(RE nº 0113587-5/210, SP, j. em 18.02.92, unânime, Rel. Min. Carlos Velloso, In Responsabilidade Civil do Poder Público, ADCOAS, Rio, 1995, p. 131).

Aqui, no caso *sub-judice*, o dano não foi causado por caso fortuito, força maior ou culpa exclusiva da vítima. Os atos de terceiros ou fenômenos da natureza não são esteados na responsabilidade civil objetiva do Estado, no aspecto do risco administrativo (art. 37, § 6º, da CF).

Para que a responsabilidade civil possa existir, imprescindível a circunstância de causalidade entre o dano sofrido e a ação provocativa. Daí, nascerá o liame com a denominação de “nexo causal”. A reivindicação do Estado

de 60 (sessenta) dias sem a execução da medida liminar de reintegração de posse, objetivando solução pacífica para a recuperação do terreno invadido, trouxe como consequência a previsibilidade da conquista dos ocupantes, fortalecida por número crescente de pessoas excluídas e carentes, anulando a ação da Administração Estadual, quer no aspecto pacífico, através da Secretaria de Desenvolvimento Urbano e Meio Ambiente, quer no cumprimento da ordem judicial para o desalojamento de mais de 100 (cem) famílias, com a inevitabilidade do dano, seguido da relação de “nexo causal”.

Vejam os que diz o art. 37, § 6º, da Carta Magna:

“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.”

Corroborando com o entendimento, jurisprudências do Superior Tribunal de Justiça e desta Corte:

“ADMINISTRATIVO. PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. ESTADO DO PARANÁ. ALIENAÇÃO DE TERRAS DEVOLUTAS DA UNIÃO. IRREGULARIDADE. ANULAÇÃO DOS TÍTULOS DOMINIAIS. RESPONSABILIDADE OBJETIVA. LEGITIMIDADE ATIVA DO ÚLTIMO ADQUIRENTE DO IMÓVEL. RECURSO ESPECIAL PROVIDO.

1. (...)

Havendo responsabilidade objetiva do Estado, fundada na teoria do risco administrativo, que impõe a obrigação de indenizar sem cogitar sobre a identificação do causador do dano, porque a indagação de culpa ou dolo do agente da autoridade é justificável apenas em se tratando de ação de regresso contra o responsável (art. 37, § 6º, CF). (...)

2. A responsabilidade de o Estado reparar o dano que tenha causado, por si, diretamente, ou por seus agentes, é objetiva, leitura que se faz do artigo 15 do Estatuto Civil de 1916, da Constituição de 1967

e, também, da vigente Carta Federal, que assim dispõe em seu artigo 37, § 6º.

3. Comprovada nos autos a existência do nexo de causalidade entre a atuação do Estado e o prejuízo experimentado pela recorrente, impõe-se reconhecer a responsabilidade do Poder Público pela reparação do prejuízo que, nessa qualidade, inflingiu à recorrente. Precedentes.

(...)

(REsp 175.287/PR, Rel. Ministro JOSÉ DELGADO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 21.02.2006, DJ 13.03.2006, p. 185).

“Responsabilidade Civil objetiva do Estado. Art. 37, § 6º, da Constituição. Erro médico. Fato danoso para o ofendido, resultante de atuação de servidor público no desempenho de atividade médica. Procedimento executado em hospital público. Dano material, estético e moral caracterizado. Ressarcibilidade. Dupla função da indenização civil por dano moral (reparação-sanção): (a) Caráter punitivo ou inibitório e (b) Natureza compensatória ou reparatória. Doutrina. Jurisprudência do STF e STJ.

(...)

2. O Art. 37, § 6º da CF/88 estabelece a responsabilidade civil objetiva do Estado, nos seguintes termos: “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”.

- Precedentes.

- Sentença reformada em termos.”

(Apelação Cível nº 2004.0013.7021-2/0, Rel. Des. Raul Araújo Filho, 1ª Câmara Cível, julgada em 09.04.2007).

Nestas condições, tomo conhecimento dos Recursos Oficial e Voluntário, mas para NEGAR-LHES PROVIMENTO, confirmando, pois, a Doutra sentença em todos os seus termos.

É como voto.

Fortaleza, 12 de maio de 2008.

**Nº 2002.0009.7753-2/0 – APELAÇÃO CÍVEL, DE FORTALEZA.
RECORRENTE: JUIZ DE DIREITO DA 3ª VARA DA FAZENDA
PÚBLICA DA COMARCA DE FORTALEZA.
APELANTE: ESTADO DO CEARÁ
APELADO: ROBERTO CRUZ FIGUEIREDO
RELATOR: DES. JOSÉ CLÁUDIO NOGUEIRA CARNEIRO**

EMENTA: DIREITO PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. JUNTADA DE DOCUMENTOS NOVOS. ADMISSIBILIDADE. APLICAÇÃO DO ART. 130 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL.

Segundo o princípio da verdade real, o juiz pode ordenar que a parte traga ao processo provas que não foram juntadas com a petição inicial. Segundo Moacyr Amaral Santos, o juiz “Deverá agir apenas para sair do estado de perplexidade em que o deixaram as provas oferecidas pelos litigantes; apenas para formar convencimento seguro diante da incerteza em que se encontrar, dadas as provas oferecidas, havendo sinais de que poderão ser completadas;”.

Preliminar rejeitada.

OFICIAL DA POLÍCIA MILITAR. REFORMA EX-OFFICIO POR FORÇA DE LAUDO MÉDICO. LAUDO OFICIAL QUE DEMONSTRA A MESMA CAUSA DE JUBILAMENTO QUE FUNDAMENTOU ANTERIOR REFORMA DO MESMO OFICIAL E QUE FOI INVALIDADA POR DECISÃO JUDICIAL ANTERIOR, DEVIDAMENTE TRANSITADA EM JULGADO. COISA JULGADA. INTELIGÊNCIA DO ART. 5º, XXXVI, DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA E DOS ARTS. 467 E 468 DO CÓDIGO BUZAID.

A decisão judicial proferida em lide anterior, que invalidou laudo médico oficial que imputou insanidade mental a Oficial da Polícia Militar e determinou a sua reforma *ex-officio*, não pode ser violada por novo laudo que atesta a mesma incapacidade laboral e determina, pela segunda vez, o jubramento do servidor. Reintegração aos quadros efetivos da PM que se impõe, com a devolução do Oficial ao *status quo ante*, devendo ser beneficiado com as promoções a que teria direito por antiguidade, se na ativa estivesse.

RECURSOS CONHECIDOS, MAS IMPROVIDOS, CONFIRMANDO-SE O *DECISUM A QUO*.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de apelação cível nº 2002.0009.7753-2/0, de Fortaleza, em que são partes as acima indicadas.

ACORDAM os Desembargadores integrantes da 2ª Câmara Cível do Egrégio Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, por unanimidade de votos, em conhecer da remessa oficial e do recurso voluntário, mas para negar-lhes provimento, nos termos do voto do relator.

Versam os autos em epígrafe de reexame necessário e de apelação cível aforada pelo Estado do Ceará contra a r. sentença de fls. 339 usque 349, proferida pelo MM. Juiz de Direito da 3ª Vara da Fazenda Pública, que julgou procedentes os pedidos formulados pelo apelado Roberto Cruz Figueiredo na ação declaratória de sanidade mental cumulada com anulação de ato administrativo de reforma de oficial da Polícia Militar estadual.

O *decisum a quo* declarou a sanidade mental do promovente e anulou o ato administrativo que o reformou do quadro de oficiais da Polícia Militar estadual, no posto de Major, determinando a conseqüente reintegração ao cargo antes exercido, fazendo jus às promoções regimentais em razão do tempo de serviço, contado como se nunca houvesse se afastado do serviço ativo. Condenou, ainda, o Estado do Ceará ao pagamento das diferenças de vencimentos devidas, bem como à obrigação do vencido ao pagamento de honorários advocatícios no importe de quinze por cento sobre o valor da condenação.

Por força do disposto no art. 475, I, do CPC, a sentença encontra-se obrigatoriamente sujeita ao duplo grau de jurisdição.

O recurso voluntário, interposto pelo Estado do Ceará, aduz, nas razões recursais de fls. 354, que o *decisum* recorrido violou o art. 396 do Código de Processo Civil, que dispõe incumbir à parte instruir a petição inicial com os documentos destinados à prova de suas alegações.

E que, em função disso, a juntada, feita *posteriori*, de documentos novos, por solicitação constante de parecer do Ministério Público que se declarou impedido de funcionar no feito, contrapõe a lei, posto que não foram destinados à prova de fato superveniente ou para contrapor documentos que foram produzidos nos autos.

Requestou, o recorrente, o provimento do recurso de apelação, com a decretação de nulidade da r. sentença de primeira instância ou a reforma da decisão meritória por falta de prova.

Devidamente intimado, o apelado ajuizou as suas contra-razões, que repousam às fls. 358 a 362, alegando que “o recorrente nada afirma contra o título judicial, quer em seus aspectos adjetivos ou substantivos”, tendo em vista que a inicial está acompanhada de farta documentação capaz de autorizar o juízo de mérito acerca dos fatos que compõem a lide.

Afirma, ainda, que o douto titular da 3ª Promotoria da Fazenda Pública pronunciou-se, como se vê às fls. 99/106, apenas como *custos legis*, não adentrando ao mérito do pedido, por se declarar impedido de funcionar no feito, e postulou ao Juízo *a quo* que remetesse os autos ao seu substituto legal, restando plenamente atendido. Empós, o recorrido juntou os documentos de fls. 112 a 324, que reproduzem a cópia integral de processo idêntico, que tramitou na 1ª Vara da Fazenda Pública.

Por entender inexistente a causa de nulidade processual suscitada pelo Estado do Ceará, em sua apelação, o recorrido postulou pela confirmação da sentença *a quo*.

Remetidos os autos a esse Tribunal de Justiça, foi sorteado relator o eminente Desembargador José Maria de Melo, que determinou a abertura de vistas à douta Procuradoria Geral de Justiça.

O parecer ministerial de segunda instância, de fls. 374 a 381, opina pelo conhecimento dos recursos presentes neste fascículo processual e pugna pelo improvimento de ambos, considerando a ocorrência de coisa julgada quanto à sanidade mental do recorrido, fato este que indica a correção da decisão judicial guerreada.

À fl. 383, dormita decisão firmada pelo eminente Relator declarando a sua suspeição para officiar na lide, alegando motivo de foro íntimo.

Em nova distribuição do feito, operada às fls. 386, coube-me o *munus* da relatância.

É o relatório.

Cuida-se de apelação cível interposta pelo Estado do Ceará, bem como de reexame necessário, *ex vi* do art. 475, I, do Código de Processo Civil, posto que se encontra a r. sentença *a quo* sujeita ao duplo grau de jurisdição, não produzindo seus efeitos senão depois de confirmada pelo Tribunal, se for o caso.

O recurso voluntário, de fls. 353 e 354, impugna a juntada de documentos novos, procedida pelo apelado, que, no seu entender, foi efetivada a destempo, conforme previsão do art. 396 do CPC, reputando nulo o *decisum* recorrido. Postulou, ainda, a reforma da sentença por falta de provas.

A preliminar de nulidade da sentença, formulada pelo Estado do Ceará, afigura-se-me improcedente.

A Lei Processual Civil estatui que a juntada de documentos novos é permitida para a prova de fatos supervenientes ou objetivando a contraposição com outros documentos produzidos nos autos, conforme redação do art. 397 do CPC.

A juntada dos documentos de fls. 112 a 324 foi procedida em cumprimento ao despacho de fls. 107, que acolheu o opinativo do Ministério

Público de fls. 99/106. No mencionado parecer, o representante do *parquet* reputou-se impedido para atuar na lide, porém, na qualidade de *custos legis*, não adentrou ao mérito das alegações das partes e sugeriu ao Juiz processante, dentre outras providências, que oficiasse ao Juízo da 1ª Vara da Fazenda Pública requisitando cópias da lide aforada em 1986 pelo mesmo apelado contra o Estado do Ceará, onde foi realizada perícia médico-psiquiátrica do militar em questão. Em tal lide restou declarada, por sentença confirmada por esse Tribunal, a sanidade mental do recorrido e determinou-se a sua reintegração ao cargo público respectivo junto à Polícia Militar.

O acolhimento, por parte do julgador, da sugestão formulada pelo membro do MP em questão, como se verifica às fls. 107, não induz à nulidade processual por desatendimento ao art. 397 do CPC.

A doutrina pátria, assim entende:

“O Código, como se vê, não consagra o princípio dispositivo em sua plenitude. Se a parte tem a disposição da ação, que só pode ser ajuizada por ela, o impulso do processo, após o ajuizamento, é oficial. Além do interesse da parte, em jogo na lide, há o interesse estatal, em que a lide seja composta de forma justa e segundo as regras do direito.

Eis por que o juiz, no processo moderno, deixou de ser simples árbitro diante do duelo judiciário travado entre os litigantes e assumiu poderes de iniciativa para pesquisar a verdade real e bem instruir a causa.

(...)

O juiz civil, em conclusão, não deve se transformar num inquisidor, sob pena de eliminar o princípio indispensável da imparcialidade. O convencimento do juiz ordinariamente, para o bom desempenho da função judicante, deve ser formado à luz da atividade probatória exercida pelas partes no processo. E só excepcionalmente lhe tocará fazer uso do poder de iniciativa de produção de provas.” (in: Curso de Direito Processual Civil, vol. I, Ed. Forense, 9ª ed., 1992, pgs. 417/418)

Oportuna é a nota constante da pg. 419 da obra jurídica antes citada, sob o título 10, *verbis*:

“10. Couture, op. cit., n°s 136 e 138, pg. 217 e 219. O poder do juiz,

nessa matéria, no entendimento de Amaral Santos, não é o de suprir a inatividade da parte interessada, se a matéria não é de ordem pública. ‘ Se tivesse esse poder, se colocaria mais como parte do que como juiz. Deverá agir apenas para sair do estado de perplexidade em que o deixaram as provas oferecidas pelos litigantes; apenas para formar convencimento seguro diante da incerteza em que se encontrar, dadas as provas oferecidas, havendo sinais de que poderão ser completadas; para um lado ou para outro; nunca para fazer prova que poderia ser e não foi proposta pela parte a quem cumpria o ônus de provar. Não é porque a prova seja deficiente que o juiz tomará a iniciativa de completá-la, mas sim porque a prova colhida o tenha deixado perplexo, em estado de não poder decidir com Justiça.’ (Amaral Santos, Prova Judiciária no Cível e Comercial, 4ª ed., v. I, nº 235, p. 336)”. (grifos não originais)

Como visto, a atividade judicial está sujeita, quanto à produção de provas, ao princípio da verdade real, podendo o julgador determinar a dilação probatória com a finalidade de completar a documentação que foi produzida pelas partes, seja na inicial ou na defesa, mas sempre de forma a não induzir a um juízo de imparcialidade, o que não ocorreu *in casu*, quando a juntada de novos documentos foi determinada pelo Reitor do feito, em atendimento ao disposto no art. 130 do *Codex* Processual Civil.

Neste sentido, a posição do c. Superior Tribunal de Justiça:

“A questão ou não de deferimento de uma determinada prova (testemunha referida) depende da avaliação do juiz, dentro do quadro probatório existente, da necessidade dessa prova. Por isso a possibilidade de indeferimento das diligências inúteis e protelatórias, prevista na parte final do CPC 130 (STJ, Ag. 56995-0 SP, rel. Min. Assis Toledo, j. 5.4.1995, DJU 10.4.1995, p. 9322).”

“O juiz pode assumir uma posição ativa, que lhe permite, dentre outras prerrogativas, determinar a produção de provas, desde que o faça, é certo, com imparcialidade e resguardando o princípio do contraditório. Tem o julgador iniciativa probatória quando presentes razões de ordem pública e igualitária, como, por exemplo, quando esteja diante de causa que tenha por objeto direito indisponível (ações de estado), ou quando o julgador, em face das provas produzidas, se

encontre em estado de perplexidade ou, ainda, quando haja significativa desproporção econômica ou sociocultural entre as partes (STJ, rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, RT 729/155) (Nelson Nery Júnior, in: Código de Processo Civil Comentado e Legislação Processual Civil Extravagante em Vigor, 4ª ed., Ed. RT, 1999, pg. 607)

Desta forma, a decisão judicial, não atacada por recurso próprio pelo ora recorrente, que determinou à parte autora que procedesse à juntada de novos documentos, não torna a sentença nula, *ex vi* do faculdade inserta no art. 130 do CPC.

Rejeita-se, portanto, a preliminar em destaque.

Quanto ao mérito, tanto a apelação como o recurso necessário, por força do art. 475, I, da Lei Processual Civil, e, em face do efeito devolutivo, devolvem o conhecimento das matérias discutidas nestes autos a essa Câmara Cível.

Os elementos presentes neste caderno processual revelam que o autor-recorrido ajuizou ação ordinária postulando o reconhecimento judicial de sua sanidade mental, cumulando este pedido com a declaração de nulidade dos atos administrativos que culminaram com a sua reforma por incapacidade definitiva para o exercício de todo e qualquer serviço dentro e fora da Polícia Militar. Requestou, ainda, pela sua reintegração e promoção ao último posto da carreira militar.

A r. sentença a quo declarou a sanidade mental do promovente e anulou o ato administrativo que o reformou do quadro de oficiais da Polícia Militar estadual, no posto de Capitão, determinando a conseqüente reintegração ao cargo antes exercido, fazendo jus às promoções regimentais em razão do tempo de serviço, contados como se nunca houvesse se afastado do serviço ativo, e condenou o Estado do Ceará ao pagamento das diferenças de vencimentos respectivas. A condenação estipulou, ainda, a obrigação do vencido ao pagamento de honorários advocatícios no importe de 15%.

O conjunto probatório dos autos leva-me à confirmação do *decisum* recorrido, por estar amparado nos elementos de prova produzidos pelo apelado.

A prova documental demonstra que o apelante foi reformado quando detinha a patente de Capitão da Polícia Militar estadual, conforme laudo de fls. 20, expedido pela Junta Militar de Saúde da PM. Diante do mencionado laudo, foram expedidos os atos administrativos adequados à reforma, que culminou com o registro, pelo Tribunal de Contas estadual, do ato administrativo ora guerreado (fls. 17).

No entanto, o recorrido demonstrou, à saciedade, que não é portador da enfermidade titulada esquizofrenia paranóide atestada pela Junta Militar de Saúde e utilizada como fundamento para ser novamente reformado, não sendo, dessa feita, incapaz, definitivamente, para os serviços militares.

Para tanto, instruiu a petição inicial com vários documentos produzidos em processo que teve curso na Comarca de Juazeiro do Norte, em ação de interdição aforada por sua ex-consorte, prova esta que infirmam os motivos que levaram à reforma do militar apelado, que tais como: o atestado médico de fls. 40; laudo médico de fls. 44, firmado pelos médicos peritos do Departamento de Perícia Médica do Instituto de Previdência do Estado do Ceará; parecer firmado pela Procuradoria Geral do Estado (fls. 45/48) e pela Procuradoria da FUNECE (fls. 49); diploma conferido pela Associação dos Diplomados na Escola Superior de Guerra (fls. 53); diploma de graduação no curso de Bacharelado em Direito (fls. 55); sentença proferida nos autos em destaque, julgando improcedente a ação de interdição, por não restar provada a insanidade mental e a prodigalidade do recorrido; declaração de participação no curso de formação de psicanalistas clínicos.

No mesmo sentido as cópias do processo que tramitou perante o Juízo de Direito da 1ª Vara da Fazenda Pública a partir de 1983, onde o mesmo recorrido já havia ingressado com ação idêntica, precisamente ter sido reformado no ano de 1979, quando era titular da patente de 2º Tenente, por, supostamente, ser detentor de doença mental incapacitante para o exercício do oficialato policial.

No processo em destaque, diante da prova existente, o Militar-apelante obteve o julgamento procedente de seus pedidos, operando-se a anulação da reforma militar então combatida, conforme cópia autenticada da sentença que repousa às fls. 296/314, devidamente confirmada por esse sêdulo Tribunal, nos termos do v. Acórdão de fls. 318 a 323. Nas decisões judiciais antes referidas, a insanidade mental do ora recorrente restou provada inexistente, mediante, especialmente a prova pericial efetivada pelo prestigiado psiquiatra Dr. Antônio Mourão Cavalcante, designado perito judicial, nos termos do parecer psiquiátrico de fls. 198 a 200-verso.

De todos os elementos trazidos aos fôlios verifica-se que houve o trânsito em julgado, em ação anterior, da matéria relativa à ausência de insanidade mental do apelado, posto que foi reintegrado ao oficialato ativo da Polícia Militar estadual.

Em 1992 o apelante foi submetido à nova junta médica, que atestou, mais uma vez, que o recorrido não podia prover os meios de subsistência, decorrendo, deste laudo, a sua segunda reforma ex-officio.

O laudo médico que manifestou tal conclusão utilizou a mesma conclusão do laudo anterior, que levou à primeira reforma do militar-apelado, conforme se vê às fls. 129, e que foi anulado judicialmente.

A solução da lide envolve a incidência de coisa julgada quanto ao tema insanidade mental. A Constituição Federal, no seu art. 5º, XXXVI, dispõe que “a lei não prejudicará o direito adquirido, a coisa julgada e o ato jurídico perfeito;”.

Os arts. 467 e 468 da Lei Adjetiva Civil assim dispõem:

Art. 467. Denomina-se coisa julgada material a eficácia, que torna imutável e indiscutível a sentença, não mais sujeita a recurso ordinário ou extraordinário.

Art. 468. A sentença, que julgar total ou parcialmente a lide, tem força de lei nos limites da lide e das questões decididas.

A combinação dos dispositivos acima citados resulta na coisa julgada formal e material, que são espécies do mesmo fenômeno, sendo que a primeira trata da irrecorribilidade da decisão judicial dentro do processo; e a segunda, conforme ensina Humberto Theodoro Júnior, revela “a lei das partes, produz seus efeitos no mesmo processo ou em qualquer outro, vedando o reexame da *res in iudicium deducta*, por já definitivamente apreciada e julgada.” (*in*: Curso de Direito Processual Civil, vol. I, 9ª edição, Ed. Forense, 1992, pg. 521)

Ainda no ensinamento do renomado processualista:

“Filiando-se ao entendimento de Liebman, o novo Código não considera a *res iudicata* como um efeito da sentença. Qualifica-a como uma qualidade especial do julgado, que reforça sua eficácia através da imutabilidade conferida ao conteúdo da sentença como ato processual (coisa julgada formal) e na imutabilidade dos seus efeitos (coisa julgada material).

Por que deve revestir-se a sentença passada em julgado da imutabilidade e indiscutibilidade?

Para o grande processualista, as qualidades que cercam os efeitos da sentença, configurando a coisa julgada, revelam a inegável necessidade social, reconhecida pelo Estado, de evitar a perpetuação dos litígios, em prol da segurança que os negócios jurídicos reclamam da ordem jurídica.

É, em última análise, a própria lei que quer que haja um fim à controvérsia da parte. A paz social o exige. Por isso também é a lei que confere à sentença a autoridade de coisa julgada, reconhecendo-lhe, igualmente, a força de lei para as partes do processo.” (ob. cit., pgs. 523 e 524)

Destarte, a nova arguição de insanidade mental do recorrido, por parte do apelante, devidamente combatida nestes autos, constitui ofensa à coisa julgada operada em processo judicial anterior, onde a inexistência de insanidade mental do que deu causa à reforma do militar promovente foi debatida e provada à exaustão, cabendo, nesta oportunidade, o reconhecimento da procedência do pedido vestibular, para confirmar a sentença a quo.

Tanto que as causas de insanidade verificadas nos dois laudos produzidos pela Junta Médica de Saúde da Polícia Militar Estadual são as mesmas.

Como restou bem definido na r. sentença recorrida, “somente através de uma nova ação de cognição, baseada em fatos novos, seria possível desconstituir-se tal situação médica judicialmente declarada, e isto, através de outra sentença judicial e nunca através de um Laudo Médico como o ora anulado, desprovido de conceituação categórica científica (tanto que desmentido por todos os outros Laudos que se juntaram aos autos) e elaborados por agentes relativamente incapazes, eis que não especialistas em Psiquiatria ou Psicanálise.” (transcrição de fls. 346)

Chega-se, igualmente, a esta conclusão com os documentos que provam o exercício, pelo recorrido, de diversas atividades laborais, tais como: exercício do magistério superior, da profissão de advogado, clínica psiquiátrica, e possuindo “aptidão plena para o exercício de suas atividades laborativas”, conforme laudo médico pericial firmado por médico perito do IPEC (fls. 44).

A possibilidade de controle judicial dos atos administrativos é tema já pacificado pela doutrina e pela jurisprudência, *ex vi* do art. 5º, XXXV, da Carta de Princípios, ao determinar “que nenhuma lesão ou ameaça a direito poderá ser subtraída à apreciação do Poder Judiciário;”.

Ressalte-se, por oportuno, que tal controle não diz respeito à discricionariedade de que certos atos administrativos se revestem, mas tão-somente, à legalidade de que se revestem. O ato de reforma *ex-officio* do Militar-apelado não é ato administrativo discricionário, mas vinculado, podendo ser objeto de pleno controle judicial.

No caso em julgamento, a legalidade dos atos administrativos vergastados restou, indubitavelmente, violada, devendo, portanto, ser anulados, para devolver ao apelado o *status quo* ante.

A confirmação da sanidade mental do militar-apelado, *ex vi* da coisa julgada operada em processo anterior, tal como determina a teoria da árvore envenenada, induz à reintegração do militar aos quadros do oficialato da ativa da Polícia Militar estadual, com a anulação dos atos administrativos que decorreram da imputação vergastada, bem como faz jus às promoções regimentais em função do tempo de serviço, que deve ser contado como sem nenhuma interrupção. Assiste direito, ainda, ao recorrido, às diferenças vencimentais decorrentes das promoções a que tiver direito, em conformidade com o *decisum* meritório *a quo*.

Diante de todo o exposto, e em consonância com o douto parecer ministerial, toma-se conhecimento dos recursos, mas para negar-lhes provimento, confirmando-se, na sua totalidade, a r. sentença recorrida.

Fortaleza(Ce), 19 de abril de 2006.

Apelação Cível nº 2003.0014.1609-5/0

Apelante: Cotel – Construções de Terraplanagem Ltda.

Apelante: Francisco Eduardo Fontenele Cidrão

Apelante: Departamento de Edificações, Rodagem e Transporte – DERT

Apelado: Cotel – Construções de Terraplanagem Ltda.

Apelado: Francisco Eduardo Fontenele Cidrão

Apelado: Departamento de Edificações, Rodagem e Transporte – DERT

Relator: Des. Lincoln Tavares Dantas

EMENTA: DIREITO ADMINISTRATIVO. CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. RECURSOS DE AMBAS AS PARTES. MODIFICAÇÃO DA SENTENÇA RECORRIDA. REDIMENSIONAMENTO DOS ÔNUS SUCUMBENCIAIS. I. REPETIÇÃO DO INDÉBITO. CONTRATO ADMINISTRATIVO. ALEGADO PAGAMENTO DE SERVIÇOS NÃO EXECUTADOS. NÃO COMPROVAÇÃO. PERÍCIA TÉCNICA QUE CONSTATA A REALIZAÇÃO DA CONTRAPRESTAÇÃO. IMPROCEDÊNCIA DO PEDIDO. SENTENÇA MANTIDA. II. RECONVENÇÃO. PLEITO DE INDENIZAÇÃO DE LUCROS CESSANTES. NÃO COMPROVAÇÃO, NA FASE COGNITIVA, DO LUCRO OBTIDO COM A ATIVIDADE EMPRESARIAL. PEDIDO IMPROCEDENTE. PRECEDENTES DO STJ. APELAÇÃO DO DERT

PARCIALMENTE PROVIDA.**III. RECURSO ADESIVO. CONCESSÃO DE CAUTELAR PARA APREENSÃO DE BENS. POSTERIOR IMPROCEDÊNCIA DA AÇÃO PRINCIPAL. NECESSIDADE DE REPOR AS COISAS AO ESTADO ANTERIOR. PERECIMENTO DE BENS. INDENIZAÇÃO. FIXAÇÃO DE HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. RECURSO ADESIVO DOS PARTICULARES PROVIDO.****ACÓRDÃO**

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de Apelação Cível nº: 2003.0014.1609-5/0, em que figuram as partes acima indicadas, ACORDA a 4ª Câmara Civil do Egrégio Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, por unanimidade, em conhecer e: (1) DAR PARCIAL PROVIMENTO À APELAÇÃO INTERPOSTA PELO DERT; e (2) DAR PARCIAL AO RECURSO ADESIVO INTERPOSTO POR COTEL E EDUARDO FONTENELE CIDRÃO, de acordo com a ata do julgamento.

RELATÓRIO:

Trata-se de apelação interposta por Departamento de Edificações, Rodagem e Transporte – DERT, pretendendo a reforma da sentença que julgou IMPROCEDENTE o pedido inicial formulado pela autarquia em ação ordinária; e PROCEDENTE o pedido formulado pela Cotel – Construções de Terraplanagem Ltda em sede de reconvenção.

Adesivamente, há ainda recursos de apelação interpostos por Cotel – Construções de Terraplanagem Ltda e Francisco Eduardo Fontenele Cidrão.

O DERT, autarquia integrante da administração pública indireta do Estado do Ceará, propôs AÇÃO ORDINÁRIA DE REPETIÇÃO DE INDÉBITO com pedido de antecipação dos efeitos da tutela jurisdicional em desfavor de COTEL – CONSTRUÇÕES DE TERRAPLANAGEM LTDA e FRANCISCO EDUARDO FONTENELE CIDRÃO, argumentando o seguinte:

a) O DERT publicou Edital de Licitação por meio da Carta Convite nº 190/90, destinada à execução de serviços de obra de engenharia rodoviária a ser executado no trecho ENTRONCAMENTO CE – 160/MARRUÁS (via Conceição), sendo vencedora no certame a empresa COTEL, de tal modo que foi formalizado o Contrato Administrativo nº 104/90;

b) Posteriormente, em decorrência de indícios de condutas

irregulares na execução das obras e serviços contratados, afirma a Autarquia ter editado a Portaria nº 025/92, determinando a realização de uma sindicância. Após a conclusão da referida apuração administrativa, constatou-se que a COTEL teria, indevidamente, recebido a importância de Cr\$1.653.943.049,06 (um bilhão, seiscentos e cinquenta e três milhões, novecentos e quarenta e três mil, quarenta e nove cruzeiros e seis centavos), em moeda vigente no mês de fevereiro de 1992, conforme a Tabela de Preços de Obras do DERT;

c) Segundo se afirmou na petição inicial, o pagamento realizado se baseou em quatro relatórios de medições fraudulentos, uma vez que os serviços remunerados não teriam sido executados;

d) As fraudes apontadas se consubstanciariam na adulteração maliciosa da Carta Convite nº 190/90 e do Contrato de nº 104/90, porquanto teriam sido incluídos serviços no “item I – Finalidade”, além de falsificação no primeiro aditivo do contrato, modificando-se a data ali constante de “outubro de 1990” para “outubro de 1989”;

e) O DERT acrescenta que, durante a sindicância, a obra foi vistoriada, registrando o respectivo relatório que não teriam sido executados obras e serviços de aterro, cortes no leito da estrada e recomposição de revestimento primário, apesar de constarem do aditivo contratual e terem sido pagos à COTEL;

f) Assevera a Autarquia que o pagamento indevido foi viabilizado pelas condutas comissivas e/ou omissivas dos agentes públicos ANTÔNIO CARLOS BENEVIDES e FRANCISCO EDUARDO FONTENELE CIDRÃO: o primeiro teria solicitado a celebração do já citado aditivo contratual; e o segundo teria certificado maliciosamente a execução de serviços e obras não realizados, com intenção de favorecer à COTEL. Por esta razão, ambos figurariam como co-responsáveis pela devolução dos valores pagos.

Diante dos fatos alegados, o DERT ajuizou a AÇÃO ORDINÁRIA DE REPETIÇÃO DE INDÉBITO, com pedido de antecipação dos efeitos da tutela jurisdicional destinado a obter a apreensão de tantos bens dos réus quanto fossem necessários a garantir a futura devolução dos valores tidos por indevidamente pagos.

Os réus apresentaram defesa: COTEL, às fls. 127-132 do Volume I; ANTÔNIO CARLOS BENEVIDES, às fls 137-145 do Volume I; e FRANCISCO EDUARDO FONTENELE, às fls. 147-151 do Volume I. Todos refutaram os argumentos da parte autora.

Ainda, em sede de reconvenção (fls. 134-136, Volume I), a COTEL formulou pedido de indenização dos lucros cessantes que alega ter deixado de auferir durante o período em que ficou privada de utilizar os bens apreendidos, protestando pela produção de provas pertinentes.

O magistrado a quo determinou a realização de prova técnico-pericial e designou o perito do Juízo, tendo este firmado compromisso às fls. 186 do Volume I.

Quesitos e assistentes técnicos foram indicados: DERT, às fls.187-189 (Volume I); COTEL, às fls. 192-194 (Volume I); FRANCISCO EDUARDO FONTENELE CIDRÃO, às fls. 196-197 (Volume I); e ANTÔNIO CARLOS BENEVIDES, às fls. 199-200 (Volume I).

O laudo pericial foi concluído e apresentado, repousando às fls. 215-311 (Volume I), acompanhado de anexos.

Arroladas as testemunhas, realizou-se Audiência de Instrução (fl. 703 – Volume II), tendo sido colhido o depoimento pessoal do Perito do juízo, Dr. Sigefredo Diógenes Pinheiro (fls. 704-705 – Volume II).

Em seguida, o DERT juntou documentos relativos ao processo administrativo destinado a apurar a conduta dos agentes públicos litigantes (fls. 719-786, Volume II).

O Magistrado *a quo* realizou ampla instrução processual, tomando depoimentos das partes: preposto do DERT, Lúcio de Castro Bonfim Júnior (fls.791-794, Volume II); FRANCISCO EDUARDO FONTENELE CIDRÃO (fls.796-797, Volume II); ANTÔNIO CARLOS BENEVIDES (fls.799-800, Volume II); e representante da COTEL, Francisco José Rodrigues Gomes (fls.801-802).

Prosseguiu-se com a oitiva das testemunhas: Raimundo Walmir Loureiro (fls. 822-823); Djair Barbosa da Silva (fls. 824-825); João Batista Gomes Neto (fls. 826-827); Miguel Gonçalves Ribeiro (fls.828-830); Rafael Santos (fls.866-867); Arnaldo de Loiola Maia (fls.868-870); José Sérgio Fontenele de Azevedo (fls. 871-873); Gil Teixeira Filho (fls.884-887); e Leão Humberto Montezuma Santiago Filho (fls. 888-890). Tudo ainda no Volume II.

Dada a demora no desfecho do processo, a COTEL postulou, às fls.891-895 (Volume II), a devolução de bens apreendidos em decorrência da antecipação dos efeitos da tutela, ao argumento de que estariam sofrendo deterioração nas dependências do DERT, fiel depositário.

Este fato levou o Juízo *a quo* a autorizar a liberação dos bens (fls.925-927, Volume II), sendo a eficácia desta decisão suspensa, em sede de agravo de instrumento, por provimento jurisdicional monocrático do Des. Edmilson Cruz (fls.994-995).

O segundo volume foi encerrado, à fl.1004.

A instrução prosseguiu em nova audiência, ouvindo-se as derradeiras testemunhas: Vilani Pinheiro Falcão (fl.1022); e Antônio Alfredo Castro Ribeiro (fl.1023).

Alegações finais das partes foram apresentadas: DERT, às fls. 1029-1035; EDUARDO FONTENELE CIDRÃO, às fls. 1035-1039; ANTÔNIO CARLOS BENEVIDES, às fls. 1045-1065; e COTEL, às fls. 1066-1075.

Às fls. 1076, consta mandado de averbação de penhora, destinada ao adimplemento de crédito trabalhista, sobre o maquinário da empresa COTEL, no valor de R\$14.250,96, consoante decisão do Juízo da 3ª Vara do Trabalho de Fortaleza.

ANTÔNIO CARLOS BENEVIDES trouxe aos autos cópias do parecer do Ministério Público (fls. 1081-1082) e da sentença absolutória (fls. 1125-1137), lançados nos autos de ação penal para apurar as condutas ditas ilícitas pelo DERT. A ação criminal tramitou perante o Juízo da 8ª Vara Criminal de Fortaleza.

O órgão do Ministério Público, no primeiro grau, emitiu o parecer de folhas 1094-1123, posicionando-se pela improcedência da ação e pela procedência da reconvenção oposta pela COTEL.

O Juízo *a quo* proferiu sentença, às fls. 1147-1172 do Volume III, cujo resultado foi, em síntese: (a) improcedência da ação de repetição de indébito ajuizada pelo DERT; (b) procedência da reconvenção proposta pela COTEL; e (c) perda do objeto da cautelar.

Irresignado, o DERT apelou da sentença, com os seguintes fundamentos: (1) a lesão contratual restou devidamente provada, ensejando a procedência da ação de repetição de indébito; (2) na reconvenção, a intimação genérica para “falar sobre as contestações”, acarretaria a nulidade, porquanto era exigida intimação específica para o fim de que fosse contestado o pedido reconvenicional.

Adesivamente, COTEL e FRANCISCO EDUARDO FONTENELE CIDRÃO também recorreram da sentença para o fim específico de melhorar suas posições jurídicas, nos seguintes pontos: (A) ver estipulada condenação do DERT ao pagamento dos ônus sucumbenciais, nos autos da ação cautelar de produção antecipada de provas, tida por prejudicada na sentença recorrida; e (B) elevação do valor fixado a título de honorários advocatícios na parte da sentença que julgou improcedente o pedido de repetição de indébito do DERT e procedente o pedido reconvenicional (indenização) da COTEL.

Contra-razões apresentadas: COTEL, às fls. 1189-1207; e EDUARDO FONTENELE CIDRÃO, às fls. 1215-1221.

Deixaram de contra-arrazoar os recursos a si desfavoráveis: DERT e ANTÔNIO CARLOS BENEVIDES.

Instada a se manifestar, a Procuradoria Geral de Justiça opinou pela manutenção da sentença recorrida em todos os pontos impugnados, à exceção da fixação de honorários em 20 (vinte) salários mínimos, desconsiderando o valor

da ação de repetição de indébito. Neste ponto, o d. Procurador de Justiça entende que os recursos adesivos de COTEL e ANTÔNIO CARLOS BENEVIDES merecem provimento parcial, elevando-se o valor dos honorários advocatícios, nos termos do artigo 20, §3º do CPC (fls.1238-1252).

Por fim, após incontáveis idas e voltas, o processo veio redistribuído a esta relatoria em virtude da criação desta 4ª Câmara Cível.

É o relatório, no essencial.

À Revisão.

Fortaleza, 9 de agosto de 2007.

VOTO

Eminentes Desembargadores:

Os pressupostos de admissibilidade encontram-se presentes, razão porque conheço dos recursos.

A única questão preliminar a analisar foi argüida no recurso de apelação do DERT e consiste na alegada nulidade da sentença, no tocante ao pedido reconvenicional da COTEL, ao argumento de que a mera intimação para “dizer sobre as contestações” acarretaria a invalidação.

É que, segundo alega o DERT, a intimação deveria ser específica quanto à finalidade de contestação do pedido reconvenicional.

A preliminar não tem sustentação jurídica.

Como bem fixado no parecer do Procurador de Justiça, cujas razões adoto, tem-se que:

“É bem verdade que uma vez sendo oferecida a reconvenção, o autor reconvindo deverá ser intimado (citado), na pessoa de seu procurador, para contestá-la no prazo de quinze dias (art. 316, CPC). Contudo, apesar de não ter havido, no caso em liça, a intimação do apelante [DERT], conforme restou demonstrado, o mesmo [DERT] compareceu espontaneamente a juízo, apresentando, no prazo legal, sua contestação (v. fls. 181/184), suprimindo, portanto, a indigitada falha processual, como determina o §1º, do art.214, do Digesto Processual Civil, senão vejamos:

§1º O comparecimento espontâneo do réu supre, entretanto, a falta de citação.

Como sabemos a citação é indispensável para a validade do processo, mas o comparecimento espontâneo do réu a supre, completando, pois, a relação processual [...].” (fl. 1246)

Desse modo, considerando que o DERT compareceu espontaneamente e ofereceu ampla defesa, sou pela REJEIÇÃO DA PRELIMINAR.

Sem mais questões preliminares, passo ao mérito.

Por razões lógicas, passo a apreciar, primeiramente a apelação do DERT, no que diz respeito, ao pedido de repetição de indébito.

Como se sabe, este tipo de pedido gera, para a parte que o formula, o ônus de provar que a parte adversa recebeu pagamento indevido ou a maior que o devido.

Cabia ao DERT, portanto, produzir provas hábeis a demonstrar que os serviços e obras contratados com a COTEL não foram prestados e executados, eis que estes seriam os fatos constitutivos da pretensão daquela Autarquia, nos termos do artigo 333, I, do CPC. Ora, para caracterizar o pagamento indevido ou a maior, era preciso provar que o parceiro contratual não realizou a respectiva contraprestação, no caso, os ditos serviços e obras.

No entanto, a prova dos autos não demonstrou inexecução das obras e/ou não-prestação de serviços contratados, consoante se vê, por exemplo, na perícia do juízo, em textual:

“QUESITO N° 07= Quando da execução do serviço, houve recomposição de revestimento primário ao longo do trecho; caso a resposta seja positiva, queira o Senhor Perito fazer a indicação do valor, quando da medição, bem como a indicação do valor atualizado, até o dia da realização da perícia, como base da Tabela de Preços do DERT;

RESPOSTA: a) Sim; no trecho periciado nota-se que houve aplicação de uma camada de solo selecionado acima do leito natural da estrada, ou seja, confecção de revestimento primário (Vide fotografias). Ademais, a Investigação Geotécnica realizada por uma empresa especializada (GEONORTE), (cópia dos resultados em anexo a este LAUDO) demonstra que realmente foi executado revestimento primário ao longo dos 35Km do trecho com espessura variando de 0,10m a 0,20m e largura de 5,0m a 7,0 metros;

[...]

b) Para cálculo do Valor do serviço do revestimento primário executado, fazemos as seguintes observações:

[...]

. Para medir serviços é indispensável os trabalhos Topográficos na “Situação antes” e na “Situação depois”; a diferença fornecerá as alturas, as áreas e os volumes realmente efetuados pelo construtor.

. No caso presente, não houveram [sic] os estudos topográficos indispensáveis à produção em desenho dos detalhes plani-altimétricos do trecho estradal “antes” e “depois” dos serviços executados.

. Não havendo topografia, não houve Projeto; em conseqüência, as medidas elaboradas pelo DERT foram todas por estimativa, principalmente no que se refere às espessuras da camada do solo aplicada seja nos serviços de revestimento primário, seja nos serviços de terraplanagem.

[...]

. A Perícia Judicial e a Investigação Geotécnica realizadas, respectivamente, em 14.07.93 e 12 e 13/01/93, atestam que foram realizados, com certeza, serviços de terraplanagem e de revestimento primário ao longo do trecho questionado e, muito próximos da realidade, a qualidade dos materiais empregados atendem às especificações consagradas aos serviços efetuados.

[...]

QUESITO Nº 10= Existem cortes ou aterros ao longo do trecho, executados pela suplicada [COTEL]. Caso a resposta seja afirmativa, queira o Senhor Perito indicar as localizações, bem como os volumes de cada serviço, com os respectivos valores;

RESPOSTA - Sim; o exame visual nos permite concluir pela existência de cortes e aterros. A INVESTIGAÇÃO GEOTÉCNICA (Cópia em anexo) demonstra a execução dos serviços ao longo do trecho estradal, ficando, contudo, este perito impossibilitado de calcular os volumes dos cortes e dos aterros – conseqüentemente seus valores – porquanto não foram feitos os levantamentos topográficos apropriados aos cálculos dos volumes, nas situações “antes” e “depois”.

[...]

QUESITO Nº 11 – Qual a situação atual do trecho, com relação aos serviços executados;

RESPOSTA: - O trecho, na data da vistoria (14.07.93), apresenta regulares condições de trafegabilidade.

- São facilmente visíveis os cortes executados, o revestimento primário e as jazidas utilizadas (vide fotografias em anexo)

- Nos trechos chamados “críticos” de uma estrada (curvas, declives, aclives) nota-se desgaste do revestimento primário e obstrução das sarjetas construídas e destinadas ao escoamento das águas pluviais. [...]”

(fls.218-222)

Como se vê, o experto constatou a execução dos serviços que, segundo alega o DERT, não teriam sido executados, ensejando pagamento tido por indevido ou realizado a maior.

Além disso, não foi possível aferir minuciosamente os volumes executados por conta de falha do próprio DERT. Esta Autarquia não elaborou o Projeto Básico de Engenharia, documento que, através de levantamentos e estudos prévios, detalha o Anteprojeto de Obras/Serviços a serem executados/prestados, possibilitando o devido acompanhamento e fiscalização.

Foi a omissão do DERT – ao deixar de elaborar o Projeto Básico de Engenharia - que inviabilizou o confronto das situações “antes” e “depois” dos trabalhos realizados pela COTEL.

Para além disso, o Tribunal de Contas, analisando o contrato administrativo nº 104/90, afirmou:

“2.1.3. Projeto Básico

O DERT não elaborou o projeto básico para os serviços a serem contratados, propiciando com isto a ocorrência dos problemas expostos no item 1.2. deste Certificado. Ressalte-se que, com isto, o DERT sujeitou-se à sanções legais, que prevêm, inclusive, a nulidade de todo o processamento subsequente.

Esta Comissão considera muito grave essa inobservância à lei, pois dela derivam todas as fraudes [...]”

(fl.428)

Assim sendo, não provado o pagamento indevido ou a maior, a única conclusão possível era pela improcedência do pedido de repetição de indébito. Nesse sentido, a manifestação da representante do Ministério Público em primeiro grau, assentou razões que invoco como fundamentos deste voto, em textual:

“O Departamento de Estradas de Rodagem e Transportes – DERT, para fundamentar o seu pedido de repetição do indébito [...], brande a ocorrência dos seguintes fatos: a falsificação da carta-convite nº 190/90 e do contrato nº 104/90; a falta de execução de serviços tais como aterros, cortes no leito da estrada e terraplanagem; a solicitação de aditivo desnecessário, pois visava acobertar serviços que já deveriam ter sido feitos no início da obra; e apresentação de falsas medições, que davam errônea informação do andamento da empreitada.

Quanto ao primeiro fato [falsificação da carta-convite], é forçoso reconhecer que, embora haja laudo técnico que evidencie rasuras e adulterações nos documentos que regulamentavam a prestação do serviço, não há nos autos qualquer prova que aponte para a responsabilidade dos réus.

Eis o que declarou o próprio preposto do DERT, que, à época própria, presidiu a comissão de sindicância que resultou no indiciamento dos réus: ‘(...) o depoente esclarece que não afirmou terem sido os representantes legais da Cotel os responsáveis pela adulteração do contrato, porque não dispõe de prova para isso, mas adianta que a Cotel terminou sendo beneficiada dessa adulteração; que o DERT não chegou a identificar o nome e responsável ou responsáveis por adulterações verificadas em contratos com outras empresas (...)’ (fl.792).

[...]

Examinemos, agora, a prova que toca diretamente o cerne da questão: a realização dos serviços.

Consta que no final do ano de 1991, o Superintendente do DERT, João Humberto Montezuma Santiago Filho, foi instado pelo Governador do Estado para proceder a um levantamento das dívidas do órgão, com vistas a ‘estabelecer uma regularidade de fluxo de caixa para o exercício seguinte’.

Ele assevera, em seu depoimento de fls. 888/890, que ‘(...) numa análise inicial o depoente afirma que foram detectados alguns casos de empresas com grande saldo remanescente em seu favor e em decorrência de pequenas obras, especificando o caso da Cotel que tinha para receber uma grande quantia em dinheiro em seu favor relativamente ao trecho entroncamento CE 160-Marruás Via Conceição; a partir daí o depoente afirma que determinou uma

investigação mais aprofundada, detectando-se inicialmente uma rasura no contrato firmado entre as partes, esclarecendo ainda o depoente que tal rasura consistiu em retroagir o índice zero do contrato de 90 para outubro de 89, adiantando mais ainda o depoente que a retroatividade no índice acarretou no plano imediato um aumento no preço da obra (...); em face disso foi instituída uma comissão de medição [...] composta pelos engenheiros Sérgio Azevedo, Miguel Gonçalves e João Batista Gomes Neto, os quais constataram que alguns dos serviços haviam sido executados efetivamente e outros não (sic).

[...]

A testemunha João Batista Gomes Neto, que fez parte da comissão nomeada pela sindicância, diz que a estrada é pré-existente à obra da COTEL, e que mesmo antes da execução de qualquer serviço já existiam nelas alguns cortes. Ele afirma que os serviços contratados não foram realizados em sua inteireza, mas admite que sua inspeção foi apenas visual, sem a utilização de qualquer instrumento a não ser uma trena.

[...]

Os outros funcionários do DERT que, juntamente com o réu Francisco Eduardo Cidrão, também integraram a comissão inicial de medição, foram ouvidos nos autos como testemunhas arroladas pelo DERT.

Raimundo Walmir Loureiro: '(...) [...] que em face de suas atribuições do cargo o depoente informa que tra[n]sitou no trecho da estrada entroncamento da CE 160 – Maruás (Via Conceição) e viu as máquinas ali postas e homens trabalhando, apenas o depoente esclarece que não foi se preocupar em fazer medições porque não era sua atribuição; (...) que especificamente com relação a obra tratada no presente processo o depoente afirma que a mesma foi concluída; [...] que a conclusão do levantamento topográfico levantado pela Geo-Norte era compatível com dados de medição obtidos pelo Engenheiro de Medição Dr. Cydrão (fls. 822/823, sic) Djair Barbosa da Silva era o presidente da comissão de fiscalização responsável pela medição das obras. Afirmou que '[...] não sabe da existência de qualquer irregularidade na execução desse contrato, e que os serviços que foram medidos foram [foram] aqueles constantes do contrato, o que também ficou provado posteriormente por meio [meio] de perícias realizadas por empresas no assunto; que o trecho

da estrada [...] se achava antes da obra com a sua plataforma inteiramente desconformada com variações de largura, afirmando o depoente que conheceu o trecho antes e depois da execução da obra podendo assegurar que a estrada foi executada efetivamente´ (fl.824-v, sic).

Mesmo considerando com cautela este último testemunho de Djair Barbosa da Silva, que era integrante da comissão de medição, não podemos deixar de lembrar que o mesmo é engenheiro, portanto possui qualificação técnica para pelo menos opinar sobre aspectos da obra. E chamou-nos atenção o fato de ele contradizer o preposto do DERT ao declarar que ‘no trecho específico na estrada em litígio que é muito ondulada o terreno havia a necessidade de serviços de terraplanagem cortes e aterros, de sorte que a execução da obra não poderia ser satisfatório com o serviço somente de patrolagem´ (fl.825).

A principal prova em feitos desta espécie, que procuram inquirir da existência ou não de obra de engenharia, é inegavelmente a pericial, produzida por profissional qualificado da área.

Impende observar que os principais levantamentos periciais constantes dos autos, alguns até referendados pelo próprio DERT, são infirmadores do argumento de falta de prestação dos serviços.

[...]

O perito do juízo, cujo laudo repousa às fls.216/211 dos autos da ação principal, começa por afirmar da inexistência do projeto de engenharia rodoviária do trecho.

[...]

Salta aos olhos, inicialmente, a inexistência de projeto básico, documento técnico indispensável, de acordo com o art. 6º, *caput*, do Decreto 2.300/86, em vigor à época dos fatos.

Eis o que declarou o já mencionado Djair Barbosa da Silva:

‘(...) que em relação a obra objeto da demanda não existiam projeto prévio, de forma que as medições iam sendo feitas na proporção da execução da obra e em face de serviços que necessitavam ser feitos´ (fl. 824-v; grifamos)

[...]

Ratifica José Sérgio Fontenele de Azevedo:

‘(...) [...] que quando se trata de obras de pequena monta, como é o caso deste processo, às vezes, o DERT atropela as fases e termina lançando o edital de licitação sem dispor de projeto prévio de engenharia´ (fl. 873).

O Tribunal de Contas constatou que ‘O DERT, [cor]roborando a denúncia apresentada, deixou de elaborar, na maioria dos contratos em estudo, essa importante peça, ferindo frontalmente o dispositivo legal’ (fl.416).

Tal procedimento, indubitavelmente, deixa a porta aberta para inúmeras possibilidades danosas ao patrimônio público.

Arrolando mais irregularidades, o mesmo Djair Barbosa prossegue: ‘(...) o depoente esclarece que no caso específico, a comissão de medição só foi composta vários meses depois do início da obra, frizando o depoente que a mesma já se encontrava em avançado estado de execução’ (sic, fl. 824-v, grifamos).

O próprio Superintendente do DERT concede que: ‘a prioridade de execução das obras do Dert é geralmente estabelecida pelos relatórios de solicitação de construção ou de conservação enviado a direção do Dert pelos engenheiros residentes, mas isso não impede que uma determinação política do governo possa [...] alterar esse critério executando primeiramente determinada obra que não seria tão prioritário quanto a outra’ (sic, fl.888-v). Por outro lado, impossível não observar que o aditamento do contrato excedeu de muito o limite previsto no Decreto que então regulamentava as licitações e contratos da Administração Pública. Há notícias nos autos de que esse aditivo importou em cerca de 100% do valor inicialmente contratado.

[...]

Contudo, essas irregularidades, por lamentáveis que sejam, não dão espaço à condenação postulada, porquanto embora evidenciem desorganização e desmandos administrativos, elas, de acordo com as provas dos autos, não trouxeram ao DERT o dano patrimonial alegado. Os serviços foram realizados, conforme atestaram as perícias mais rigorosas e algumas das testemunhas ouvidas.

Não há provas suficientes de que os réus tenham se beneficiado do alegado pagamento a maior; a COTEL somente poderia ter auferido a vantagem que o DERT alega se tivesse contado com a colaboração, presumivelmente movida a motivos pecuniários, dos outros dois réus, ou de outros funcionários do DERT; Todavia, não foram carreados aos autos evidências de que os servidores aqui réus tenham recebido qualquer recompensa pelo favorecimento à COTEL.” (fls.1104-1121)

No mesmo sentido, as conclusões da sentença recorrida e do Procurador Geral de Justiça (fls.1238-1252). Com esses fundamentos, vislumbra-se como acertada a decisão recorrida quanto à improcedência do pedido de repetição do indébito formulado pelo DERT.

Passo, então, a apreciar o pedido reconvenicional da COTEL. Formulado às fls.134-136, referido pleito visava a indenização de alegados lucros cessantes, correspondentes ao montante que a empresa teria deixado de lucrar com a utilização de máquinas e equipamentos apreendidos, por força de decisão liminar proferida na cautelar de produção antecipada de prova.

Nesse tocante, a sentença merece reparo.

Ora, ao afirmar a existência de um prejuízo como fato constitutivo de seu pedido de indenização, a COTEL contraiu o ônus de provar efetivamente a existência desse prejuízo.

Entretanto, não fez prova dos lucros que auferia antes da apreensão dos equipamentos, eis que não há nos autos cópias de contratos, balanços patrimoniais, declarações de renda ou qualquer outro documento idôneo a demonstrar a existência certa e concreta do alegado dano.

Como não houve prova efetiva dos ditos lucros cessantes, a decisão de procedência proferida no Juízo *a quo* deve ser reformada, porquanto escorada em mera presunção de prejuízo – o que não se admite em sede de reparação de danos.

A respeito, colho a jurisprudência:

“CIVIL E PROCESSUAL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO. QUEDA EM PISO MOLHADO DE SUPERMERCADO. [...] DESPESAS MÉDICAS. PEDIDO INDETERMINADO. LIQUIDAÇÃO. LUCROS CESSANTES. FALTA DE DEMONSTRAÇÃO DA ATIVIDADE. IMPROCEDÊNCIA DA VERBA. MULTA E LITIGÂNCIA DE MÁ-FÉ NÃO CONFIGURADAS. EXCLUSÃO. [...]

III. Não comprovado o exercício de atividade remunerada na fase cognitiva da ação, o resultado é a improcedência da postulação alusiva a tal verba, que não pode ser dilatada para a execução.

[...]

V. Recurso especial conhecido em parte e, nessa parte, provido.”

(BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 337116/SP, Relator(a) Ministro ALDIR PASSARINHO JUNIOR, QUARTA TURMA, DJ: 16.12.2002, p. 341 – acresci os grifos)

“CIVIL. LUCROS CESSANTES. EMPRESA QUE NÃO CHEGOU A INICIAR SUAS ATIVIDADES. Não há como aferir a potencialidade de lucro de uma empresa sem que tenha um período anterior de atividade a servir como parâmetro, posto que a experiência revela que, mesmo explorando o mesmo ramo de negócio, algumas empresas têm lucro e outras não; aí conta, entre outros fatores, o dinamismo do empresário e a organização da empresa, que precisam ser postos à prova. Recurso especial conhecido e provido.”

(BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 253068/SP, Relator(a) Ministro ARI PARGENDLER, TERCEIRA TURMA, DJ: 04.08.2003, p. 290 - grifei)

Assim, chega-se à conclusão de reformar a sentença de primeiro grau, julgando improcedente o pedido reconvenicional da COTEL.

Feito isso, passo a examinar os recursos adesivos de COTEL e FRANCISCO EDUARDO FONTENELE CIDRÃO, interpostos para:

(A) ver estipulada condenação do DERT ao pagamento dos ônus sucumbenciais, nos autos da ação cautelar de produção antecipada de provas, tida por prejudicada na sentença recorrida; e

(B) elevar o valor fixado a título de honorários advocatícios na parte da sentença que julgou improcedente o pedido de repetição de indébito do DERT e procedente o pedido reconvenicional (indenização) da COTEL.

Quanto ao pedido do item (B), observa-se que a modificação da sentença recorrida para o fim de julgar improcedente o pedido reconvenicional formulado pela COTEL implica redistribuir e redimensionar os ônus sucumbenciais, prejudicando a apreciação deste requerimento.

Quanto ao pedido do item (A), condenação do DERT nos autos da ação cautelar de produção antecipada de prova, este comporta apreciação e merece provimento.

O fato é que a improcedência da ação ordinária de repetição de indébito, justamente por falta de provas, consoante já fartamente explicitado nesse voto, significa o desacerto da ação cautelar de produção antecipada de prova.

Além disso, o DERT pleiteou e obteve medida liminar – com natureza de antecipação dos efeitos da tutela – para o fim de apreender máquinas e equipamentos da COTEL. Isso porque a medida liminar concedida caracterizou

adiantamento da tutela jurisdicional buscada pelo DERT, a exemplo da tutela antecipada. Assim, surge o problema de estabelecer as conseqüências jurídicas da revogação da medida, em decorrência do desacolhimento da pretensão do DERT ou mesmo pela extinção do processo sem julgamento do mérito.

No que diz respeito à tutela antecipada típica, o legislador estabeleceu que “A efetivação da tutela antecipada observará, no que couber e conforme sua natureza, as normas previstas nos arts. 588, 461, §§ 4o e 5o, e 461-A.” (art. 273, §3º, do CPC). Como se vê, o legislador equipara o adiantamento da prestação jurisdicional à execução provisória, sendo aplicável, em conseqüência, o atualmente disposto no inciso Art. 475-O, do CPC, *in verbis*:

“Art. 475-O. A execução provisória da sentença far-se-á, no que couber, do mesmo modo que a definitiva, observadas as seguintes normas: (Incluído pela Lei nº 11.232, de 2005)

I – corre por iniciativa, conta e responsabilidade do exequente, que se obriga, se a sentença for reformada, a reparar os danos que o executado haja sofrido; (Incluído pela Lei nº 11.232, de 2005)

II – fica sem efeito, sobrevindo acórdão que modifique ou anule a sentença objeto da execução, restituindo-se as partes ao estado anterior e liquidados eventuais prejuízos nos mesmos autos, por arbitramento; (Incluído pela Lei nº 11.232, de 2005)”

É o que ensina Sergio Sahione Fadel, externando ponto de vista compartilhado pela unanimidade da doutrina:

“A simples referência [...] demonstra que a responsabilidade pelos danos causados ao réu, em razão da tutela antecipada, é exclusivamente do autor.

Isso porque [...] manda restituirem-se as coisas no estado anterior, se sobrevier provimento judicial contrário à decisão exequenda.

A hipótese é semelhante à do art. 811 do CPC, que cuida da responsabilidade civil do requerente da cautelar deferida, pelos prejuízos causados à parte contrária em razão da execução da medida, para o que é indiferente apurar a existência de má-fé daquele.

A exemplo do que ocorre com a execução da medida cautelar, quando o requerente vem a afinal sucumbir, no julgamento final da causa principal, nos termos do art. 811, parágrafo único do CPC, fica ele

obrigado a ressarcir os danos decorrentes da execução provisória da tutela.

Tal dispositivo deve servir de parâmetro para a solução do caso, devendo ser aplicado por analogia.

Trata-se de responsabilidade objetiva, que independe da perquirição da existência ou não de culpa, já que, promovendo a execução da tutela, o autor assume o risco das conseqüências de seu procedimento.”

(in Antecipação da tutela no processo Civil. São Paulo: Dialética, 1998 p. 73/73).

Portanto, como os bens apreendidos pereceram ou suportaram diminuição considerável de valor durante o trâmite do processo, é materialmente impossível restabelecer a situação anterior (*status quo ante*).

Ora, quando os provimentos judiciais perdem sua eficácia diante de posterior sentença terminativa do feito, em desfavor do autor, revelam-se indevidos, conseqüentemente, o provimento cautelar ou a execução provisória, de tal modo que o legislador imputa à parte sucumbente a obrigação de indenizar os danos decorrentes das decisões liminares.

Portanto, se a cautelar perdeu o objeto, deve o DERT ser condenado ao pagamento de: (I) honorários advocatícios; e (II) indenização à COTEL, correspondente ao valor atualizado dos bens apreendidos que pereceram ou suportaram grande diminuição de valor durante o trâmite dos processos. Nesse sentido, colho precedente jurisprudencial:

“APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS. REINTEGRAÇÃO DE POSSE QUE SE DEU POR FORÇA DE DECISÃO JUDICIAL POSTERIORMENTE REVOGADA, EM FACE DA IMPROCEDÊNCIA DA AÇÃO. RESPONSABILIDADE DA AUTORA PELOS DANOS DECORRENTES DO CUMPRIMENTO DA MEDIDA LIMINAR.”

(Rio Grande do Sul. Tribunal de Justiça do RS, 13ª. Câmara Cível, Relator: Des. Carlos Alberto Etcheverry, Publicação no DJ do dia 02/08/2006)

Conclusões. Dispositivo.

Ante todo o exposto:

(1) CONHEÇO do recurso de apelação do DERT e LHE DOU PARCIAL PROVIMENTO para o fim de julgar improcedente o pedido

reconvencional de indenização formulado pela COTEL. Com esse resultado, redistribuo e redimensiono os ônus sucumbenciais da seguinte forma:

a) condeno o DERT a arcar com 80% (oitenta por cento) das custas e despesas processuais pertinentes à ação ordinária de repetição do indébito e reconvenção; e a Reconvinte COTEL a arcar com o restante, 20% (vinte por cento);

b) condeno o DERT ao pagamento de honorários advocatícios aos procuradores dos réus na ação de repetição do indébito, fixados em quantia equivalente a 20% do valor atualizado da causa, corrigido monetariamente pelo IGP-M a contar da data da publicação deste acórdão, sopesando a complexidade da demanda, em que foi necessária ampla instrução processual, e o zelo dos advogados dos réus, nos termos do artigo 20 do CPC; Referido valor deverá ser pago, eqüitativamente, aos procuradores dos réus da repetição de indébito;

c) condeno a Reconvinte COTEL a arcar com os honorários advocatícios dos procuradores do DERT, fixados em 10% do valor atualizado da reconvenção, corrigido monetariamente sob os mesmos parâmetros e considerando a menor complexidade do feito reconvencional, segundo os mesmos fundamentos legais; e

d) autorizo a compensação dos honorários advocatícios, nos termos da tese esposada pelo Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira, no Recurso Especial nº 164249/RS (julgamento: 16/04/1998) e consolidada na Súmula 306 do STJ.

(2) CONHEÇO dos recursos adesivos de COTEL e EDUARDO FONTENELE CIDRÃO para o fim de, na ação cautelar de produção antecipada de prova:

a) condenar o DERT a arcar com as custas e despesas processuais pertinentes e com honorários advocatícios fixados em R\$5.000,00 (cinco mil reais), considerando a média complexidade da demanda e o zelo profissional dos advogados dos réus, nos termos do artigo 20 do CPC;

b) condenar o DERT ao pagamento de indenização equivalente ao valor dos bens apreendidos, calculado historicamente na data da apreensão, e devidamente atualizado para a data desta decisão; O referido valor será monetariamente corrigido pelo IGP-M, a partir da data da publicação deste acórdão.

É como voto.

Fortaleza, 09 de Agosto de 2007.

Apelação Cível nº 2000.0013.6584-4/0
Apelante: FRANCISCO CELSO SOARES
Apelado: CERVEJARIA ASTRA S/A
Relator: Des. Lincoln Tavares Dantas

EMENTA: CIVIL. RESPONSABILIDADE CIVIL. PAIR. LESÃO NEUROSENSORIAL BILATERAL. ACIDENTE DO TRABALHO. SURDEZ. CONCAUSA. DANO CONSISTENTE NA PERDA DE FUNÇÃO SENSORIAL. CRITÉRIOS SUBJETIVOS DE ARBITRAMENTO. LUCROS CESSANTES. FALTA DE PROVAS. APELO PROVIDO EM PARTE.

I – Trabalhador que apresenta perda auditiva induzida pelo ruído – PAIR. Patologia proveniente das atividades profissionais desempenhadas. Prova conclusiva no sentido da presença da doença funcional.

II – Se a prova atesta que o local de trabalho é insalubre, salvo se utilizado protetor auricular, é responsabilidade do empregado usar o equipamento; e do empregador fornecer e fiscalizar efetivamente o uso da proteção.

III – Se ambos descumprem seus respectivos deveres, a hipótese é de concausa.

IV – Apelo Provido em parte. Sucumbência distribuída de acordo com o decaimento parcial. Artigo 21, caput, do CPC.

ACÓRDÃO:

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de Apelação Cível nº: 2000.0013.6584-4/0, em que figuram as partes acima indicadas, ACORDA a 4ª Câmara Civil do Egrégio Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, por unanimidade, em conhecer e: DAR PARCIAL PROVIMENTO À APELAÇÃO, de acordo com a ata do julgamento.

Fortaleza, 20 de junho de 2007.

RELATÓRIO:

Trata-se de apelação interposta por FRANCISCO CELSO SOARES, pretendendo a reforma da sentença que julgou improcedente pedido formulado em ação ordinária, ajuizada com o fito de obter reparação pecuniária por danos materiais e morais resultantes de acidente de trabalho cuja culpa foi atribuída à empregadora, CERVEJARIA ASTRA S/A.

FATO E CAUSA DE PEDIR

FRANCISCO CELSO SOARES trabalhou durante 25 (vinte e cinco) anos na CERVEJARIA ASTRA S/A, exercendo a atividade de operador de máquina no setor de engarrafamento, nos últimos 15 (quinze) anos, vindo a sofrer perda auditiva, o que foi diagnosticado perante o INSS como sendo doença ocupacional.

AÇÃO E PEDIDO

Em decorrência do alegado, o ora apelante ajuizou ação ordinária indenizatória com o visio de ressarcimento de danos e lucros cessantes decorrentes da perda da função auditiva provocada pela constante exposição aos ruídos no ambiente laboral.

DA DECISÃO DA SENTENÇA

O Magistrado *a quo* julgou improcedente o pedido, pelos seguintes fundamentos, em síntese:

“[...] A simples entrega do equipamento de trabalho ou de proteção ao trabalho induz ao entendimento de que está sendo imposto o seu uso, até porque a empresa é fiscalizada pelos órgãos responsáveis pela saúde e segurança dos trabalhadores. Deste modo, se algum funcionário, ou no caso, o requerente, não fez uso, ou fez mau uso do material de proteção, não pode ser responsabilizada a promotida.

[...]”
(fl. 178)

DA APELAÇÃO INTERPOSTA

Irresignado, FRANCISCO CELSO SOARES apela, aduzindo, em suma, as seguintes teses recursais: (1ª) a prova demonstra a efetiva lesão auricular, classificando-a como acidente do trabalho, tanto que foi concedida aposentadoria especial ao apelante, em razão de ter comprovado, além do tempo de trabalho, efetiva exposição aos agentes físicos, biológicos ou associação de agentes prejudiciais pelo período exigido para a concessão do benefício; (2ª) a prova aponta que o ruído no local do trabalho era imenso, oscilando entre 85 e 105 decibéis, segundo documento juntado pela própria cervejaria apelada; e (3ª) a conduta da empresa-apelada, ao não fiscalizar o efetivo uso dos equipamentos de proteção é suficiente para ensejar a responsabilização civil.

DEMAIS PROVIDÊNCIAS

Contra-razões ao apelo, às folhas 198/207, pugnando pelo improvimento do recurso e, conseqüentemente, pela manutenção do julgado.

O processo veio redistribuído a esta relatoria em virtude da criação desta 4ª Câmara Cível.

É o relatório, no essencial.

À Revisão.

Fortaleza, 10 de abril de 2007.

VOTO

Eminentes Desembargadores:

Presentes os pressupostos de admissibilidade, conheço do recurso.

Em que pesem as considerações do Julgador monocrático, entendo que a sentença deva ser reformada.

Do nexa causal

A conclusão do INSS é clara no sentido de que o autor apresenta “surdez (deficiência auditiva provocada pelo Barulho.” (fl. 15). As alterações apresentadas têm nexa causal com suas atividades laborativas.

Ora, assim sendo, é permitido concluir que: a) a lesão tem origem nas atividades laborais desempenhadas; b) há uma redução da audição.

O só fato de o trabalhador sofrer uma perda sensorial, considerando-se que ao iniciar o labor encontrava-se sem qualquer problema auditivo, o que se presume e se reconhece ante a inexistência de prova em contrário, julgo, pois, que resta presente a redução da capacidade funcional do empregado.

O Superior Tribunal de Justiça tem reconhecido que, em casos desta natureza, exige-se apenas a comprovação da doença e o nexa causal. A exemplo disso temos:

AÇÃO ACIDENTÁRIA - DISACUSIA EM GRAU MÍNIMO - AUXÍLIO-ACIDENTE.

1. Comprovado o nexa de causalidade entre o infortúnio e a atividade laborativa, o trabalhador tem direito ao auxílio por acidente de trabalho, sendo irrelevante que a doença não esteja em grau avançado. (Súmula 44 – STJ). [...].

(Resp. 174649/SP, Rel. Ministro Edson Vidigal, julg.: 15.09.98, 5ª

Turma. No mesmo sentido, Recursos Especiais n.ºs. 164770/SP, 163576/SP e 155164/SP).

PROCESSUAL CIVIL - EMBARGOS DE DECLARAÇÃO - CARÁTER INFRINGENTE - DESCABIMENTO - AÇÃO ACIDENTÁRIA - DISACUSIA - SÚMULA 44/STJ.

[...]

2 - No que se refere à concessão de auxílio acidente proveniente de disacusia neurossensorial, a comprovação da perda auditiva não está sujeita aos percentuais mínimos previstos na legislação acidentária, bastando, para tanto, a demonstração do nexo de causalidade entre a lesão auditiva e o exercício da atividade laboral desempenhada pelo trabalhador, aplicando-se à espécie, o enunciado da Súmula 44 deste Tribunal.

3 - Embargos de declaração rejeitados.

(ED. Resp 82270/SP, Rel. Ministro Anselmo Santiago, j. 05.10.88, 6ª Turma).

Além disso, laudo pericial realizado perante Justiça do Trabalho, cuja cópia foi anexada aos autos pela própria cervejaria-apelada concluiu o seguinte:

“[...]

5.3. Dos possíveis Riscos Ocupacionais.

Os possíveis à saúde presentes no ambiente de trabalho periciado são decorrentes do processo industrial:

1. Ruído – é intenso. O nível de pressão sonora atinge de 85 a 105 decibéis em medidas já realizadas, conforme informação do Dr. Renato Assunção.

[...]

RESPOSTAS AOS QUESITOS FORMULADOS PELOS RECLAMANTES:

[...]

3. Qual o grau de insalubridade do setor de engarrafamento (mínimo, médio ou máximo)

Resposta: Não há insalubridade no local periciado. Justificativa:

a) O ruído é neutralizado pelo uso de protetor auricular.

[...]

(fls. 59/60).

Bem por isso, é equivocada a conclusão da sentença, ao afirmar que o simples fornecimento dos equipamentos de proteção afastam a responsabilidade civil do empregador. Em verdade, além de fornecer o equipamento, deve o patrão fiscalizar efetivamente o uso por parte dos trabalhadores, na perspectiva constitucional da valorização do trabalho e dignidade da pessoa humana, que devem nortear as relações entre empresa e obreiro.

Por outro lado, tendo em vista que o empregado-apelante foi membro da CIPA, recebendo orientação sobre a importância dos equipamentos de proteção, tenho que seu comportamento contribuiu, embora em menor grau, para a lesão auricular sofrida, sendo a hipótese de concorrência de culpas.

Nos termos ora delineados, está presente o nexa causal entre as atividades desempenhadas pelo trabalhador e a redução bilateral da audição, muito embora o seu comportamento tenha contribuído, em menor intensidade, para o fato.

Outrossim para caracterizar a responsabilidade do empregador, não se exige exclusividade de culpa na ocorrência do acidente, podendo o trabalho ter concorrido para o fato, ou mesmo introduzido uma causa a ele relacionada.

De tudo, presente o nexa causal.

Do dano moral.

Encontra-se assentado na jurisprudência, inclusive na do STJ, que o dano moral se configura toda vez que uma pessoa sofrer abalo na sua esfera subjetiva, capaz de lhe ocasionar vexames, humilhações, transtornos, dores, dentre outros sentimentos negativos, abafadores da honra objetiva e subjetiva do mesmo. Nessa linha, a manifestação de Yussef Said Cahali:

“Na realidade, multifacetário o ser anímico, tudo aquilo que molesta gravemente a alma humana, ferindo-lhe gravemente os valores fundamentais inerentes à sua personalidade ou reconhecidos pela sociedade em que está integrado, qualifica-se, em linha de princípio, como dano moral; não há como enumerá-los exaustivamente, evidenciando-se na dor, na angústia, no sofrimento, na tristeza, pela ausência de um ente querido falecido; no desprestígio, na desconsideração social, no descrédito à reputação, na humilhação pública, no devassamento da privacidade; no desequilíbrio da normalidade psíquica, nos traumatismos emocionais, na depressão ou no desgaste psicológico, nas situações de constrangimento moral.”

(*In* Dano Moral. 2. ed. revista, atualizada e ampliada. 2ª tiragem. Editora Revista dos Tribunais, pp. 20-21)

Na hipótese dos autos vai introduzido pelas conseqüências negativas a que foi submetido o autor, ao sofrer a redução de sua capacidade auditiva.

É patente a ocorrência do dano moral na questão *sub examine*, dada a perda de função auricular, capaz de gerar considerável sofrimento, que perdura no tempo, por sua irreversibilidade.

Sem embargo da reconhecida dificuldade que se enfrenta ao quantificar o dano moral, a jurisprudência tem fixado alguns parâmetros. Nesse passo, valho-me dos critérios definidos pelo Superior Tribunal de Justiça, ao julgar o Recurso Especial nº 824429/MA (DJ: 05.02.2007, p. 201), sendo relator o Ministro LUIZ FUX, que assim dispôs:

[...] 6. A indenização por danos morais não visa reparar a dor, a tristeza ou a humilhação sofridas pela vítima, haja vista serem valores inapreciáveis, o que não impede que se fixe um valor compensatório, com o intuito de amenizar o respectivo dano.

7. O *quantum* indenizatório devido a título de danos morais deve assegurar a justa reparação do prejuízo sem proporcionar enriquecimento sem causa do autor, além de levar em conta a capacidade econômica do réu, devendo ser arbitrado pelo juiz de maneira que a composição do dano seja proporcional à ofensa, calcada nos critérios da exemplariedade e da solidariedade [...].

Consigno, aqui que: (a) a conduta do empregador tem grau médio de reprovabilidade, revelando descaso com a incolumidade física de seus empregados; (b) a intensidade da dor moral é elevada, dada a irreversibilidade da perda de audição; (c) a cervejaria-apelada é empresa de grande porte econômico; (d) considerando que o comportamento do empregado-apelante contribuiu para o dano, embora em menor intensidade; e (e) sob o ponto de vista propedêutico, a conduta merece repreensão exemplar, no intuito de desestimular o descaso com as normas de segurança e proteção no trabalho.

As peculiaridades do caso estampam a necessidade da fixação no montante de R\$20.000,00 (vinte mil reais), o qual se apresenta consentâneo com a realidade, e dentro dos moldes adotados na jurisprudência. O montante será corrigido pelo IGP-M, desde a data da citação. Incidirão juros à taxa de 6% (seis por cento) ao ano desde a data da citação até o dia 12.01.2003, sendo a partir daí no percentual de 12% (doze por cento) ao ano, conforme o disposto no art. 406 do Novo Código Civil.

O valor arbitrado não reflete hipótese de lucro fácil para o apelante, nem tampouco é irrisório. Contudo, serve de sanção pecuniária adequada à situação das partes, por, ao mesmo tempo, compensar o autor-apelante pela dor e punir a ré-apelada, de modo a desestimular a reincidência de condutas como a que praticou.

Dos lucros cessantes

Os lucros cessantes não restaram provados; o autor-apelante não se desincumbiu do ônus previsto no art. 333, I, do CPC.

Alegou que teria direito a lucros cessantes, em razão de ter deixado de conseguir exercer atividade laboral após a lesão auricular sofrida.

Em primeiro lugar, a verba é incabível porque o apelante se aposentou, passando a receber o benefício previdenciário correspondente. Além disso, não trouxe aos autos prova inequívoca de que tenha deixado de auferir renda, em razão do dano suportado.

Para que haja a obrigação de indenizar lucros cessantes, é necessário que o dano pleiteado esteja devidamente comprovado. A respeito, trago o entendimento jurisprudencial do Superior Tribunal de Justiça:

CIVIL E PROCESSUAL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO. QUEDA EM PISO MOLHADO DE SUPERMERCADO. [...] DESPESAS MÉDICAS. PEDIDO INDETERMINADO. LIQUIDAÇÃO. LUCROS CESSANTES. FALTA DE DEMONSTRAÇÃO DA ATIVIDADE. IMPROCEDÊNCIA DA VERBA. MULTA E LITIGÂNCIA DE MÁ-FÉ NÃO CONFIGURADAS. EXCLUSÃO. [...]

III. Não comprovado o exercício de atividade remunerada na fase cognitiva da ação, o resultado é a improcedência da postulação alusiva a tal verba, que não pode ser dilatada para a execução.

[...]

V. Recurso especial conhecido em parte e, nessa parte, provido. (REsp 337116/SP, Relator(a) Ministro ALDIR PASSARINHO JUNIOR, QUARTA TURMA, DJ: 16.12.2002, p. 341 – acresci os grifos)

Portanto, além de o empregado-apelante ter requerido e obtido aposentadoria, constata-se que não fez prova dos alegados lucros cessantes, razão pela qual é totalmente incabível, nesse ponto, o pleito indenizatório.

Conclusões. Dispositivo.

Essas são as razões pelas quais provejo em parte o apelo (art. 269, I, CPC), para julgar parcialmente procedente a ação.

Em face do decaimento parcial do pedido, nos termos do art. 21, caput, do CPC, arcará a ré-apelada com o pagamento de 50% das custas, cabendo os restantes 50% ao autor-apelante.

Pagará a ré-apelada os honorários de 15% sobre o valor da condenação.

Arcará o autor com os honorários advocatícios de R\$ 1.200,00, pela parte por que decaiu, suspensa a obrigação em face da gratuidade concedida.

É como voto.

Fortaleza, 20 de junho de 2007.

Processo nº 2003.0012.7226-3/0

Apelação Cível de Fortaleza

Apelante: Júlio César Martins Celestino

Apelado: Banco ABN Amro Real S/A

Relator: Des. Francisco Lincoln Araújo e Silva

EMENTA: DIREITO CIVIL. INDENIZAÇÃO. BLOQUEIO DE CARTÃO DE CRÉDITO. CLAUSULA CONTRATUAL. AUSÊNCIA DE ABALO AO CRÉDITO OU SITUAÇÃO VEXATÓRIA. DANO MORAL INEXISTENTE. SENTENÇA MANTIDA. RECURSO IMPROVIDO.

- 1. Para caracterização do dano moral, é imprescindível a atitude lesiva contra os bens imateriais consagradas pela Carta Magna;**
- 2. Não pode o ato de bloquear um cartão de crédito justificar, por si só, o dever de reparar, sendo necessário para sua configuração a demonstração do abalo ao seu crédito;**
- 3. Não admite o direito que meros dissabores do dia-a-dia sejam considerados dano moral;**
- 4. Sentença mantida; 5. Recurso conhecido, mas improvido.**

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de Apelação Cível nº 2003.0012.7226-3/0 em que figuram as partes acima indicadas, acorda a Quarta Câmara Cível do Egrégio Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, por unanimidade, em conhecer do recurso e lhe negar provimento, consoante a ata de julgamento.

VOTO

Verificadas as condições de admissibilidade, conheço do recurso.

Não há questões preliminares a considerar, nem nulidades detectadas.

Alega o autor/recorrente que a douta sentença hostilizada se funda no argumento de que não ocorreu dano por ter o recorrido se pautado em cláusula contratual. Mas, as instituições financeiras são responsáveis pelos danos que suas atividades venham causar a terceiros.

Pelos argumentos expostos, é claro que o apelante está inconformado com a fundamentação elaborada pelo magistrado de primeiro grau, quanto ao não reconhecimento do dano moral, alegado em razão das atitudes consideradas indevidas, por parte do banco/recorrido.

Trata-se de ação de indenização por danos morais em decorrência de bloqueio de crédito, por parte da instituição bancária, administradora do cartão, devido a negativação do nome do autor no cadastro de inadimplentes da Centralização dos Serviços Bancários S/A – SERASA.

Diante dos fatos narrados e demonstrados nos autos, por meio de provas documentais e testemunhais, o bloqueio do cartão ocorreu por ter o nome do autor, figurado no cadastro de inadimplentes da SERASA. Segundo reza o contrato de emissão de cartões firmado entre as partes, cláusula décima quinta, IV, a rescisão contratual pode ocorrer independente de notificação, quando houver “situações que alterem negativamente o perfil de crédito verificado a partir da proposta de Adesão do titular”.

Retratam os autos que não há dúvida quanto ao fato, mas que meros dissabores não podem ter caráter de abalo moral, visto que o apelante alega ter sofrido grande constrangimento quando tentou pagar uma conta de combustível no posto de gasolina, no valor de R\$ 10,00 (dez reais). E tomou conhecimento, a partir daquele momento, que seu cartão de crédito havia sido bloqueado pelo banco, tendo, portanto, a conta que ser paga por uma amiga que o acompanhava.

Apesar do ato do bloqueio do cartão, não restou demonstrado que o fato realmente provocou algum ato vexatório ou constrangedor ao apelante, mas meros dissabores e percalços do dia-a-dia. Não houve prejuízo à sua dignidade a ponto de abalar seu crédito ou qualquer outra medida dessa natureza.

O Judiciário tem-se preocupado para que casos dessa natureza não virem banalização na instituição, principalmente no que tange à caracterização do dano moral, prevenindo para que não exista a industrialização da reparação nas situações vulgares de contrariedade como esta.

É certo que, na feição dada ao dano moral pela Constituição Brasileira de 1988, se destaca, no seu primeiro artigo, inciso III, a consagração à dignidade humana como um dos fundamentos do nosso Estado Democrático de Direito que hoje pode ser chamado de direito subjetivo constitucional à dignidade. Dessa forma, o dano moral adquire nova feição e maior dimensão, uma vez que a dignidade humana é a base de todos os valores morais e se traduz na essência de todos os direitos personalíssimos. O direito à honra, ao nome, à imagem, à intimidade, à privacidade ou a qualquer outro direito da personalidade, estão englobados no direito à dignidade.

À luz da Constituição, o dano moral é nada mais do que a violação do direito à dignidade. E por considerar a inviolabilidade da intimidade, da vida privada, da honra e da imagem corolários do direito à dignidade é que a Carta Magna inseriu no art. 5º, V e X, a plena reparação do dano moral. Este é o novo enfoque constitucional pelo qual deve ser examinado o dano moral.

Seguindo este raciocínio, é possível afirmar que toda agressão à dignidade pessoal ocasiona lesão à honra, constituindo, assim, dano moral passível de indenização.

Na etiologia da responsabilidade civil, estão presentes três elementos essenciais, quais sejam: a ofensa a uma norma preexistente ou erro na conduta, um dano e o nexo de causalidade entre um e outro. É necessário ainda que não exista uma causa de exclusão dessa responsabilidade.

Diante dessa afirmativa, a questão enfrentada, neste processo, não se acomoda nos parâmetros jurídicos do dever da responsabilização do apelado em detrimento aos prejuízos sofridos pelo apelante, por conta do bloqueio do cartão de crédito. É que, para configurar o dano moral, é necessário que existam atos lesivos à intimidade da pessoa, à privacidade, à honra, à imagem, não podendo contratempos do dia-a-dia, meros dissabores, serem elevados a dano moral, pois, assim, estaríamos valorizando todas as reações que o indivíduo sofre nas suas relações diárias.

No presente caso, não restou demonstrado, além do ato do bloqueio do cartão de crédito, por estar o autor com seu nome negativado em órgãos de proteção ao consumidor, que tivesse seu crédito abalado.

Apesar de já ser matéria bastante discutida nesta Corte, a indenização do dano moral sempre traz à baila grandes controvérsias, razão esta que se torna necessário ao julgador desenvolver um juízo de valoração, concluindo, assim, que não houve danos aos bens imateriais consagrados e tutelados pela Carta Magna, inexistindo razão que justifique o dever de reparação.

Diante do exposto, conheço do recurso apelatório, mas lhe nego provimento, mantida a doutra sentença hostilizada.

É o meu voto.

Fortaleza, 17 de setembro de 2008.

Processo nº 2004.0007.0514-8/0

Apelação Cível de Fortaleza

Apelante: Hapvida – Assistência Médica Ltda

Apelado: Francisco Cordeiro Ângelo

Relator: Des. Francisco Lincoln Araújo e Silva

EMENTA: DIREITO CIVIL. PROCESSO CIVIL. INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL E MATERIAL. PLANO DE SAÚDE. REALIZAÇÃO DE PROCEDIMENTO. URGÊNCIA. NÃO AUTORIZAÇÃO. ATENDIMENTO PRECÁRIO. CÓDIGO DO CONSUMIDOR. PRINCÍPIOS DA PROPOR-CIONALIDADE E DA RESPONSABILIDADE. SENTENÇA CONFIRMADA. APELAÇÃO IMPROVIDA.

- 1. O CDC contempla no art. 6º, VI, como direito básico do consumidor, a efetiva prevenção e reparação dos danos;**
- 2. Resta caracterizado o dano moral pelo evidente dissabor sofrido pelo promovente, deparando-se com a ineficiência e descaso do serviço particular por ele contratado;**
- 3. No caso em comento, o promovente estava prestes a realizar cirurgia com possibilidade de ficar com seqüelas e deparou-se com a total falta de assistência do plano de saúde;**
- 4. O valor do *quantum* indenizatório deve ser estipulado de forma razoável e justa. Valor da condenação mantida;**
- 5. Sentença confirmada;**
- 6. Apelação conhecida e improvida.**

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de Apelação Cível nº 2004.0007.0514-8/0 em que figuram as partes acima indicadas, acorda a Quarta Câmara Cível do Egrégio Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, por

unanimidade, em conhecer do recurso e negar-lhe provimento, de acordo com a ata do julgamento.

Fortaleza, 17 de setembro de 2008.

VOTO

Tudo visto e examinado. No processo, não se vislumbra, em sua constituição e desenvolvimento, vício capaz de inquinar nenhuma nulidade processual. Atendidos os requisitos próprios de admissibilidade, nos termos dos art. 506 e 513, do CPC, conheço do recurso interposto.

A empresa promovida alega em suas razões de apelo, inexistência de emergência médica, aduzindo que o atestado médico apresentado pelo recorrido não especificava se a cirurgia – Uvulopalatofaringoplastia, necessitava ser realizada com urgência, apenas realizada prontamente.

Em se compulsando os autos, verifica-se, às fls. 12, atestado médico do otorrinolaringologista, Dr. Glauco Soares de Almeida, constando que o recorrido se encontrava com quadro clínico de apnéia obstrutiva do sono mais obstrução nasal severa com rompimento intenso, necessitando realizar cirurgia prontamente.

A apnéia do sono é uma doença crônica, evolutiva, com alta taxa de morbidade e mortalidade, podendo ser causada por obstrução nasal ou obesidade, que atinge cerca de 15 milhões de brasileiros. Está associada a paradas repetidas e temporárias da respiração durante o sono. Este distúrbio freqüentemente se associa a roncos. O termo Síndrome de Apnéia Obstrutiva do Sono (SAOS) é empregado para definir pacientes que apresentam excessiva sonolência diurna e/ou alguns dos diversos sintomas próprios desta patologia. O apnéico sempre acorda cansado, mesmo quando pensa ter dormido a noite toda.

Em virtude do quadro clínico apresentado pelo médico, subentende-se de pronto que o tratamento da síndrome era cirúrgico. Logo, a Uvulopalatofaringoplastia precisava de ser feita o mais rápido possível. Assim, não procede a alegativa de inexistência de emergência médica.

Alegou, ainda, a recorrida necessidade do exame de polissonografia, sendo um exame indispensável para diagnosticar a síndrome de apnéia.

A Polissonografia é um exame simples, realizado há mais de 20 anos no Brasil, que avalia o padrão de sono habitual do paciente. O exame é feito

durante o sono, por meio de sensores colocados na superfície da pele com fita adesiva. Tais sensores enviam informações a avançados aparelhos computadorizados que permitem a precisa coleta de dados e análise do sono em tempo real. Todo o processo é indolor e permite que o indivíduo durma normalmente, enquanto atividades do organismo são monitoradas, como: batimentos cardíacos, movimento dos olhos, respiração, ronco, dentre outros.

No caso em comento, o recorrido já era paciente apnéico, não necessitava da constatação de tal síndrome. Além do que o recorrido estava com rompimento nasal o que o impossibilitava de aguardar dois (2) meses para realizar a polissonografia, a partir daí ser autorizado o procedimento cirúrgico. Como a própria recorrente comenta em sua peça contestatória que se trata de um exame simples, pela urgência do caso, não haveria necessidade de submeter-se a tal exame. É evidente, então, a insustentabilidade do argumento da apelante segundo o qual a cirurgia estaria condicionada a exame tão banal não exigido pelo médico.

Aduz a recorrente inexistência de dano material e moral. Alegando que o recorrido realizou a cirurgia por conta própria, sem a devida autorização do plano de saúde, que havia condicionado a intervenção cirúrgica à realização do exame de polissonografia, sendo incabível a cobrança de prejuízos materiais e morais. O recorrido não fez prova de que a empresa tivesse agido com violação a direito seu, causando-lhe prejuízo, razão pela qual, não havendo conduta culposa ou dolosa da recorrente, não há danos a reparar.

O dano material é uma lesão concreta que afeta um interesse relativo ao patrimônio da vítima. Assim, a perda de bens materiais deve ser indenizada, de modo que cada desfalque no patrimônio de alguém lesado é um dano a ser reparado civilmente e de forma ampla. Portanto, ficando devidamente comprovado nos autos que o recorrido sofreu abalo material ao ter que fazer empréstimo para realizar procedimento cirúrgico coberto pelo plano de saúde, mas não autorizado, nasce a obrigação de ressarcir o prejuízo. Sobretudo, porque o autor havia contratado o plano de saúde há mais de quatro anos, tempo suficiente para superar inclusive qualquer período de carência.

O dano moral alegado, no caso, está configurado, pela humilhação e vexame sofridos pelo recorrido em decorrência do atendimento dispensado a este quando precisou se dirigir à empresa contratada para buscar, incessantemente, autorização para procedimento cirúrgico que necessitava ser realizado com brevidade.

É certo que o direito à vida e a manutenção da saúde é um direito absoluto, que deve prevalecer sobre estipulações contratuais que limitam a sua

abrangência. São abusivas cláusulas contratuais, ainda que inseridas com destaque no contrato, que causem manifesta desvantagem ao usuário. Tal espécie de direito é garantido por normas de ordem pública, alojadas na Carta Política, no Código de Defesa do Consumidor, que deverão de ser respeitadas.

Vejamos decisão sobre a matéria:

APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE REPARAÇÃO DE DANOS MORAIS E PATRIMONIAIS – PLANO DE SAÚDE – COBERTURA NACIONAL – IRREGULARIDADES NO ATENDIMENTO – DESEMBOLSO DAS DESPESAS MÉDICO-HOSPITALARES PELO COOPERADO – RESSARCIMENTO – DANOS MORAIS E MATERIAIS – CONFIGURAÇÃO – DECISÃO MANTIDA – RECURSO IMPROVIDO. Provada a relação contratual, injurídica é a deficiência na contraprestação dos serviços acobertados pela empresa cooperada, dando ensejo à reparação de danos morais, em face de transtornos e abalos de ordem psíquica, bem como os de natureza material provenientes de despesas pagas, devidamente comprovadas pelo cooperado. (Recurso apl.cível nº 3.8731/2002-Varzea Grande, Rel. Dês. Rubens de Oliveira Santos Filho, 1ª Câm. Cível, TJMT).

Portanto, deve a empresa ressarcir os danos causados ao recorrido.

In casu, é inquestionável o ato ilícito perpetrado pela recorrente e o conseqüente abalo sofrido pelo autor. O montante arbitrado pela douta juíza *a quo*, a título de indenização por danos morais, na importância de R\$ 5.000,00 (cinco mil reais), está em consonância com os limites da razoabilidade e da proporcionalidade, além de atender ao caráter compensatório e punitivo da condenação.

Quanto aos danos materiais, mantenho a condenação nos mesmos valores.

Diante do exposto, conheço do recurso, para negar-lhe provimento, mantida a sentença recorrida com as mesmas cominações.

É o meu voto.

Fortaleza, 17 de setembro de 2008.

Processo nº 2000.0015.7317-0/0

Apelação Cível da Comarca de Fortaleza

Apelante: Ford Leasing S/A – Arrendamento Mercantil

Apelada: Lúcia de Fátima Rebouças de Sousa

Relator: Des. Francisco Lincoln Araújo e Silva

EMENTA: CIVIL. PROCESSO CIVIL. LEASING. VRG ANTECIPADO. NÃO DESCARACTERIZAÇÃO DO CONTRATO. JUROS CAPITALIZADOS. ILEGALIDADE. CUMULAÇÃO DE COMISSÃO DE PERMANÊNCIA E CORREÇÃO MONETÁRIA. VEDAÇÃO. INCIDÊNCIA DO CDC NO CONTRATO FIRMADO COM INSTITUIÇÃO FINANCEIRA.

- 1. O valor residual garantido não desvirtua a natureza do contrato de arrendamento mercantil (súmula 293/STJ);**
- 2. Os juros do contrato não podem incidir mês a mês, somente se permitindo o anatocismo em casos específicos de Lei (súmula 121/STF);**
- 3. Comissão de permanência deve ser aplicada a partir da impontualidade do devedor, sem cumulações com outros tipos de juros ou multa (súmula 296/STJ);**
- 4. O CDC se aplica aos contratos firmados com instituições financeiras (súmula 297/STJ);**
- 5. Detectados erros na elaboração dos valores do contrato, é possível sua revisão judicial, de forma a adequá-lo ao ordenamento jurídico;**
- 6. Sentença reformada, em parte;**
- 7. Apelação conhecida e provida parcialmente.**

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de apelação cível de Fortaleza, nº 2000.0015.7317-0/0, em que são partes as que estão acima indicadas, acorda a Quarta Câmara Cível do Egrégio Tribunal de Justiça do Estado do Ceará,

por votação unânime, indeferindo o Agravo Retido, conhecer do recurso e dar-lhe parcial provimento, consoante a ata de julgamento.

Fortaleza, 02 de julho de 2008.

VOTO

Conheço do recurso, satisfeitos os pressupostos de admissibilidade. Preliminarmente, aprecio o Agravo Retido (art. 523 do CPC), tempestivo e reiterado nas razões da apelação.

Em breves reminiscências, recorro apenas que o agravante aduz que a tutela antecipada na sentença deve ser revertida, pois não atendeu aos pressupostos do art. 273, do CPC, quais sejam a demonstração da verossimilhança do alegado, o receio de dano irreparável ou o abuso do direito de defesa.

Neste tocante, a decisão se mostra mista, antecipando parte de seu provimento antes do trânsito em julgado, permitindo à parte o exercício do direito nela contido sem que a apelação seja julgada em definitivo.

Tal expediente tomou certa escala de uso nos julgados de primeira instância, como forma de efetivação temporal da tutela jurisdicional. Contudo, malfeire, de certa forma, o controle e o direito que a parte - contra quem foi proferida a decisão - tem de exercício ao segundo grau de jurisdição.

A Lei Processual é omissa sobre a questão, sendo válida a antecipação da tutela judicial, nos moldes do art. 273, do CPC, desde que presentes os motivos ensejadores da medida. Tal inteligência se mostra válida mesmo antes da edição da Lei n. 10.352/2001, que acrescentou o inc. VII, ao art. 520, do CPC, que dispõe:

“A apelação será recebida em seu efeito devolutivo e suspensivo. Será, no entanto, recebida só no efeito devolutivo, quando interposta de sentença que confirmar a antecipação dos efeitos da tutela.”

Vê-se, pois, que para harmonizar o primado na unirrecorribilidade das decisões judiciais, sendo certo que a decisão interlocutória desafia o recurso de agravo, de instrumento ou retido, como se deu nos autos, a apelação se mostra

a viável em face da sentença. Assim, a tutela antecipada, confirmada na sentença ou nesta proferida, se submete aos efeitos do recurso. A decisão final, no que tange à confirmação da tutela antecipada, ou à concessão em seu corpo, só pode ser atacada por apelação, nos termos do art. 513, do CPC. Com efeito, a cada ato decisório recorrível corresponde um único recurso cabível.

A suspensividade do recurso, no que tange a tutela antecipada, deve ser pleiteada ao Relator da apelação ou ao Presidente do Tribunal, a quem se dirige o recurso, conforme o caso. É que, o art. 558, do CPC permite ao julgador em segunda instância, nos casos em que se vislumbre possível lesão grave ou de difícil reparação, e sendo relevante a fundamentação, conferir o efeito suspensivo, inclusive quando do recebimento do recurso de apelação (§ único).

Vem a calha o posicionamento do C. Superior Tribunal de Justiça, e ao qual me acosto, *in verbis*:

AGRAVO REGIMENTAL – AGRAVO DE INSTRUMENTO – PREVIDENCIÁRIO – ANTECIPAÇÃO DE TUTELA CONCEDIDA NA SENTENÇA – AGRAVO DE INSTRUMENTO – INVIÁVEL – RECURSO CABÍVEL – APELAÇÃO – PROVIMENTO NEGADO – 1. É inviável a interposição de agravo de instrumento contra a sentença de primeiro grau que antecipa os efeitos da tutela jurisdicional. Mirando-se no princípio da unirrecorribilidade ou singularidade recursal o único remédio cabível, no caso, é a apelação. 2. Decisão monocrática confirmada, agravo regimental a que se nega provimento. (STJ – AGA 200300794119 – (517887 SP) – 6ª T. – Rel. Min. Hélio Quaglia Barbosa – DJU 21.11.2005 – p. 00315)

Para não parecermos ortodoxos sobre o assunto, relevamos a questão quando se trata de matéria substancial da decisão, sendo possível a interposição de mais de um recurso contra um único ato decisório. Socorremo-nos da doutrina de NELSON NERY JR.¹ que entende a permissão de interposição simultânea de embargos infringentes, recurso especial e recurso extraordinário relativamente ao mesmo acórdão, constituindo-se exceção ao princípio da unicidade recursal ou da singularidade. Assim, no exemplo, o acórdão é recorrível: a) quanto à

parte unânime, por recurso extraordinário e/ou especial; b) quanto à parte não-unânime, por meio de embargos infringentes.

Em casos desse jaez, tratando-se de matéria substancial da decisão, admite-se a interposição de dois ou mais recursos simultâneos, que terão, por óbvio, matérias distintas de irresignação, o que não é o caso dos autos, que trata de mera antecipação formal da sentença, para efetivação de depósito em prol da recorrente.

Inviável, pois, o recurso de agravo contra parte da decisão recorrida, devendo a mesma se submeter, *in totum*, ao julgamento colegiado, razão pela qual dele não conheço.

Seguindo o julgamento da causa, deparamo-nos com o mérito do recurso, que aborda várias tangentes. *Pari passu*, temos:

O contrato em tela foi nominado como sendo arrendamento mercantil. A d. sentença *a quo* descaracterizou a operação de *leasing* do contrato para tê-lo como de compra e venda. A matéria já ventilou os julgados de várias maneiras, tendo o próprio Superior Tribunal de Justiça promulgado a súmula 263 que dispunha:

“A cobrança antecipada do valor residual (VRG) descaracteriza o contrato de arrendamento mercantil, transformando-o em compra e venda à prestação.”

Entrementes, a Corte Máxima Infra-constitucional reverteu a súmula 263 para editá-la, promulgando a sua nova redação, na súmula 293, exatamente para desdizer a anterior, acrescentando-lhe o “não” como forma de negativar a assertiva primitiva, dizendo em seu teor:

“A cobrança antecipada do valor residual garantido (VRG) não descaracteriza o contrato de arrendamento mercantil.”

Alguns levantes surgiram para justificar o posicionamento vacilante do pacificador jurisprudencial do país, tendo quase a unanimidade reconhecido o lobby dos bancos sobre as conseqüências tributárias que a demudação causaria, sendo que a operação ISS bancos sofreria grande reverso na restituição dos valores pagos nas operações de *leasing*.

Hodiernamente, a matéria não comporta maiores discussões, vigente como está a referida súmula 293. Contudo, com efeitos práticos de tal normatividade jurisprudencial, não afastou o controle da legalidade dos referidos contratos, pacífico como está a plena aplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor aos contratos firmados com agentes bancários.

Novamente, arvorando-nos em súmula do c. Superior Tribunal de Justiça, a matéria encontra-se assentada no verbete 297, *in verbis*:

“O CDC é aplicável às instituições financeiras.”

Não que não se aplicasse anteriormente o CDC aos contratos firmados com agentes financeiros. A questão somente se arrastou por força da manutenção dos oligopólios financeiros em questões intermináveis sobre sua hierarquia legal, tendo a Corte Constitucional lançado uma pá de cal sobre o tema já tão bem dissecado pela doutrina.

Ressalte-se, ademais, que tal incidência serve para garantir ao consumidor o pleno exercício dos direitos esculpidos no Estatuto Protetor, como a inversão do ônus da prova e a possibilidade de revisão do contrato suscitados na inicial, bem como o afastamento das cláusulas abusivas, que oneram o contrato de forma desigualitária.

Dessa forma, ainda que se admita a não demudação do contrato de arrendamento mercantil para compra e venda, a operação financeira de *leasing* encontra-se submetida ao CDC, imperando a defesa do hipossuficiente, o que lhe permite alterar, quando demonstrada a abusividade, as cláusulas que atentam contra a validade substancial do contrato.

Enfim, pela proteção garantida pelo CDC ao consumidor na relação havida com agente financeiro, submetem-se ao controle judicial os contratos de arrendamento mercantil (*leasing*), mormente o que tange a legalidade das cláusulas negociais, para que não imprimam ao consumidor flagrante desvantagem, como a seguir se mostraram presentes no contrato.

Eis que o no tópico atinente aos juros, os mesmos se mostraram compostos, refletindo o malquisto anatocismo. Sobre o assunto o tema se mostra pacificado, sendo tal disposição nula, conforme entendimento majoritário dos Tribunais Pátrios, especialmente do Egrégio STJ:

“Quanto ao tópico da capitalização, que pretende o recorrente seja mensal, este Tribunal já fixou orientação no sentido de que somente nos casos expressamente autorizados por norma específica, como no mútuo rural, comercial e industrial, é que se admite sejam os juros capitalizados e, ainda assim, desde que observadas as prescrições legais e a manifesta pactuação nos contratos. Sobre as demais hipóteses, mesmo aquelas contratadas por instituições financeiras, tem incidência o enunciado 121 da súmula/STF:

“É vedada a capitalização dos juros, ainda que expressamente pactuada.”

A propósito, dentre muitos, o REsp nº 31.805-RS (DJ 07.6.93), da mesma Turma, com a seguinte ementa:

“Somente nas hipóteses em que expressamente autorizada por lei específica, a capitalização de juros se mostra admissível. Nos demais casos é vedada, mesmo quando pactuada, não tendo sido revogado pela Lei n.º 4.595/64 o art. 4º, do Decreto n.º 22.626/33. O anatocismo, repudiado pelo verbete n.º 121 da Súmula do Supremo Tribunal Federal, não guarda relação com o enunciado n.º 596 da mesma súmula” STJ – Recurso Especial 122.777 (97/0016837-9) RS.”

Em contratos de financiamento bancário, a capitalização mensal de juros se faz presente sob a forma de *numerus clausus*, ou seja, apenas com

permissivo legal específico, notadamente na concessão de créditos rurais, créditos industriais e comerciais, o que não é o caso. No caso vertente, mostra-se plenamente justo o afastamento dos juros capitalizados mês a mês.

A mesma vedação podemos dizer quanto à cumulação de comissão de permanência com correção monetária, matéria igualmente sumulada pela Corte Superior (súmula 296²). Portanto, a comissão de permanência incide a partir da impontualidade do devedor, sem cumulação com juros remuneratórios, correção monetária, taxa de rentabilidade e multa contratual.

O pleito revisional reclamou a apreciação de valores, matéria que merecia melhor enfoque pelo apelante. Porém, como se disse, até o presente momento, limitou-se o recorrente em argüir questões repisadas que sumariamente se resolvem, dada a parcimônia que paira sobre os temas. Na verdade, em nenhum momento houve impugnação específica sobre os cálculos ou valores questionados pela autora, sendo inconsistente e evasivo o apelo em apreço.

Não fosse a questão atinente à demudação do contrato de *leasing*, e da qual frisei a mudança do entendimento na Corte Superior de Justiça, os demais pontos, que tratam da aplicação do CDC aos contratos bancários, e o assunto dos juros compostos, já contam com assento cativo na jurisprudência iterativa deste egrégio Tribunal de Justiça.

Para encerrar, cumpre salientar que o fato de nos autos haver notícia sobre a venda do bem objeto do contrato pela recorrente, tal questão deve ser resolvida pelo juízo exequente quando do cumprimento da sentença, não podendo esta relatoria adotar providências coercitivas que não lhe competem praticar dentro de suas limitações regimentais.

Do exposto e por tudo que dos autos consta, conheço do recurso apelatório em sua essência e lhe dou parcial provimento, somente para afastar da decisão de primeiro grau sobre a descaracterização do contrato firmado entre as partes, permanecendo incólumes os demais pontos, que dizem respeito,

essencialmente, aos valores controvertidos e que devem ser apurados em sede de liquidação na modalidade de artigos (art. 475-C, inc. II, c/c art. 475-E, ambos do CPC).

Sobre a tutela antecipada, igualmente compete ao juízo exeqüente o processamento de seu cumprimento, na forma da Lei, não conhecendo, como de fato não conheço, do Agravo Retido, por incabível, na espécie.

Mantenho a condenação sucumbencial imposta em primeira instância face ao sucesso do pleito revisional, prejudicada a ação de reintegração de posse.

É o voto.

Fortaleza, 02 de julho de 2008.

Agravo de Instrumento

Agravo de Instrumento nº 2003.0014.4344-0/0

Agravante: FATOR INVESTIMENTOS E PARTICIPAÇÕES LTDA.

Agravado: BANCO RURAL S.A.

Origem: 25ª Vara Cível

Relator: Desembargador Ademar Mendes Bezerra

EMENTA: PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. SENTENÇA SUPERVENIENTE ABRANGENDO A MATÉRIA DISCUTIDA NA DECISÃO INTERLOCUTÓRIA. TEORIAS DA HIERARQUIA E DA COGNIÇÃO. PERDA DE OBJETO. RECURSO PREJUDICIADO.

- Consoante a primeira teoria (do critério hierárquico), o agravo de instrumento não fica prejudicado em face de sentença superveniente, dada a possibilidade, no mundo dos fatos, de as decisões (acórdão do agravo e sentença de primeiro grau) serem incompatíveis entre si, prevalecendo, aí, o posicionamento do tribunal no agravo, desconstituindo a sentença. De acordo com a segunda teoria (da cognição exauriente), no entanto, a sentença englobaria a decisão interlocutória impugnada – que fora proferida com base em juízo de cognição sumária –, perdendo, assim, o agravo de instrumento, o seu objeto. A adoção do melhor critério se dá conforme o exame do caso concreto.

- Hipótese em que, relativamente ao provimento interlocutório, se discute a possibilidade ou não de ser realizada uma segunda perícia técnica para comprovação de suposta fraude em documento que continha autorização para transferência bancária, sendo certo que, mesmo tendo deferido o segundo exame, contra a vontade da parte demandante/agravante, o Dr. Juiz da causa acabou julgando procedente o pedido, falecendo à ora recorrente interesse em apelar da sentença, razão por que se ajusta melhor à espécie a aplicação do critério da cognição exauriente, com a conseqüente perda de objeto do agravo de instrumento.

- Agravo prejudicado.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de Agravo de

Instrumento nº. 2003.0014.4344-0/0, em que figuram as partes acima referidas, acordam os Senhores Desembargadores integrantes da Turma Julgadora da Segunda Câmara Cível do egrégio Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, por unanimidade, julgar prejudicado o recurso em referência, nos termos do voto do Relator.

RELATÓRIO

Trata-se de agravo de instrumento, com pedido de efeito suspensivo, interposto por FATOR INVESTIMENTOS E PARTICIPAÇÕES LTDA em face de decisão interlocutória da lavra da MMA. Juíza de Direito da 25ª Vara Cível de Fortaleza, proferida nos autos da ação declaratória de nulidade (processo nº. 2000.0103.7284-0/0 – antigo 199902248560), aí ajuizada pela ora agravante contra o BANCO RURAL S.A.

Acostou, à exordial do recurso, os documentos de fls. 18/162.

Preparo (fl. 163).

Despacho (às fls. 168/169), denegando a liminar requestada.

Contra-razões (fls. 173/176).

Informações do d. juízo “a quo” (fl. 178), no sentido da manutenção da decisão recorrida.

É o relatório, no que há de essencial.

VOTO

Senhor Presidente, compulsando os autos e o sistema processual deste sodalício (SPROC), verifica-se que o processo principal (nº. 2000.0103.7284-0/0), de onde se extraiu o presente recurso de agravo de instrumento, já foi julgado por sentença da MMA. Juíza de Direito da 25ª Vara Cível da Comarca da Capital (DJ 25/05/2006, mesma data da circulação), a qual acolheu os argumentos colacionados pela parte demandante, ora agravante, declarando a nulidade do documento sobre o qual recairia a segunda perícia determinada pelo d. juízo “a quo”, determinação esta objeto de questionamento por meio do agravo de que se cuida.

Qual o efeito disso, isto é, da sentença superveniente, sobre o agravo de instrumento interposto? Há duas teorias a respeito: a) a do critério hierárquico e b) a da cognição exauriente.

Consoante a primeira teoria (do critério hierárquico), o agravo de instrumento não fica prejudicado em face de sentença superveniente, dada a possibilidade, no mundo dos fatos, de as decisões (acórdão do agravo e sentença

de primeiro grau) serem incompatíveis entre si. É o caso, por exemplo, da sentença que se funda em prova cuja ilicitude está sendo questionada em sede de agravo de instrumento ou, ainda, de sentença proferida em processo no qual foi negada a produção de certa prova, e que é objeto de apreciação em agravo de instrumento. Em ambas as hipóteses, confirmada pelo tribunal a ilicitude da prova ou o preterimento indevido de sua produção pelo juiz de primeiro grau, o provimento interlocutório do agravo desconstitui a sentença, o que só não ocorreria, conforme fosse, se o juiz houvesse submetido a sua decisão ao entendimento esposado pelo tribunal. Para essa teoria, portanto, os efeitos da sentença ficam condicionados ao desprovimento do agravo; ou seja, a sentença só subsistirá se a decisão interlocutória for confirmada pelo tribunal.

De acordo com a segunda teoria (da cognição exauriente), no entanto, a sentença englobaria a decisão interlocutória impugnada – que fora proferida com base em juízo de cognição sumária –, perdendo, assim, o agravo de instrumento, o seu objeto.¹

Em decisão proferida no Recurso Especial nº. 742.512/DF, assim se pronunciou o Relator, Ministro Castro Meira:

“Imagine-se, por exemplo, que a liminar tenha sido concedida pelo tribunal em razão do que consta do documento X. Suponha-se que, na instrução, resta comprovada a falsidade desse documento ou surgem outros elementos de convicção que reduzem o seu valor probante, tendo sido, em razão disso, julgado improcedente o pedido do autor. Neste caso, a sentença deve sobrepor-se à decisão do agravo, o qual perderia o objeto, pois o critério da cognição prevalece sobre o da hierarquia.

Se, entretanto, não há modificação do quadro fático e probatório, nem sobrevém qualquer elemento que afaste a premissa da decisão proferida pelo tribunal no agravo, então prevalece a hierarquia, não perdendo o agravo o seu objeto.

Conclui-se: se não houve alteração do quadro, mantendo-se os mesmos elementos de fato e de prova existentes quando da concessão da liminar pelo tribunal, a sentença não atinge o agravo, mantendo-se a liminar. Nesse caso, prevalece o critério da hierarquia. Se, entretanto, a sentença está fundada em elementos que não existiam ou em situação que afasta o quadro inicial levado em consideração pelo tribunal, então a sentença atinge o agravo, desfazendo-se a liminar”.

Como se vê, portanto, a adoção do melhor critério se dá conforme o exame do caso concreto.

Na hipótese destes autos, observe-se que a parte agravante se insurgiu contra a realização de nova perícia, determinada pela Dra. Juíza da causa, entendendo suficiente para a demonstração da nulidade pretendida o exame já existente nos autos. Acontece que a sentença, com ou sem necessidade de nova perícia (no caso, exame grafotécnico), acabou sendo favorável à recorrente, eis que restou declarada a nulidade do documento em apreço, com a conseqüente condenação do Banco às perdas e danos cabíveis.

Note-se, pois, que o interesse da recorrente na continuidade do presente agravo ficou esvaziado, tanto assim que sequer chegou a apelar da sentença, a qual, por certo, lhe favoreceu inteiramente, razão por que se ajusta melhor à espécie a aplicação do critério da cognição exauriente, com a conseqüente perda de objeto do agravo de instrumento.

Assim sendo, julgo prejudicado o agravo de instrumento em epígrafe. É como voto.

Fortaleza, 27 de agosto de 2008.

AGRAVO DE INSTRUMENTO COM PEDIDO DE EFEITO

SUSPENSIVO Nº 2000.0012.5453-8/0

COMARCA: FORTALEZA

AGRAVANTE: BB LEASING S.A. ARRENDAMENTO MERCANTIL

AGRAVADOS: EVANGELISTA DISTRIBUIDORA DE ALIMENTOS LTDA., ANTÔNIO MARATOAN GUEDES EVANGELISTA e JOSÉ GUEDES EVANGELISTA

ÓRGÃO JULGADOR: 3ª CÂMARA CÍVEL

RELATOR: DES. CELSO ALBUQUERQUE MACÊDO

EMENTA: AGRAVO DE INSTRUMENTO. DIREITO FALIMENTAR E PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO DE REINTEGRAÇÃO DE POSSE. LEASING. SUSPENSÃO DO FEITO REINTEGRATÓRIO DIANTE DA CONCESSÃO DA CONCORDATA AOS AGRAVADOS. POSSIBILIDADE. INTELIGÊNCIA DO ART. 161, § 1º, INCISO II, DO DECRETO-LEI Nº 7661/45. RECURSO CONHECIDO E

IMPROVIDO. DECISÃO MANTIDA.

1 – A intenção do legislador ao prever a suspensão do pleito reintegratório era, justamente, evitar que os atos de expropriação que pudessem ocorrer após a concessão da concordata preventiva, restassem desconstituídos em razão do pagamento do débito no curso da concordata ou, ainda, caso decretada a falência, fossem arrecadados tais bens.

2 – Agravo de Instrumento CONHECIDO e IMPROVIDO, para manter em todos os seus termos a decisão monocrática.

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, por conhecer o Agravo de Instrumento e negar-lhe provimento, mantendo integralmente a decisão monocrática, nos termos do voto do Relator, que faz parte desta decisão.

RELATÓRIO

Cuida-se de Agravo de Instrumento com Pedido de Efeito Suspensivo interposto por BB LEASING S.A. ARRENDAMENTO MERCANTIL em face de decisão da Juíza da 2ª Vara Cível da Comarca de Iguatu, fl. 18, que suspendeu a Reintegração de Posse interposta contra EVANGELISTA DISTRIBUIDORA DE ALIMENTOS LTDA. e Outros, por estarem sob o regime de concordata preventiva, devendo as ações e execuções serem sustadas.

Argüi o ora agravante, em suma, que os agravados encontram-se inadimplentes, constituídos em mora, por tais motivos, a retenção do bem se tornou ilegítima, traduzindo um esbulho possessório e a justa reintegração de posse. Alega que as ações e execuções suspensas pelo juiz monocrático, alcançam apenas os créditos sujeitos aos efeitos da concordata, e que não é o caso *sub judice*. Ao final, requereu a reforma da decisão recorrida, com a determinação de reintegração de posse dos veículos do agravante.

Tendo sido postulado o efeito suspensivo, este restou indeferido, fls. 48/49, com a determinação de intimação dos agravados, incluindo as informações do juiz singular.

Intimados, os recorridos ofereceram resposta, fls. 53/55, asseverando que o recorrente não fez nenhuma menção ao processo de adequação de dívida com pedido de restituição de indébito, ajuizada pela primeira agravada contra o

agravante, no qual foi concedida liminar suspendendo a reintegração de posse. Aduz que a decisão agravada está amparada em normas legais, sem qualquer vício que possa descaracterizá-la. Finalmente, pleiteia a manutenção da decisão singular em todos os seus termos.

Ofício do juízo monocrático da 2ª Vara de Iguatu, fls. 58/60, informando que indeferiu o pedido do agravante por entender que o crédito reclamado tem sujeição aos efeitos da concordata, dada a sua natureza quirografária, seguindo o artigo 161, § 1º, inciso II, da Lei de Falências.

Com vista dos autos, a Douta Procuradoria Geral de Justiça, fls. 71/73, lançou parecer opinando pelo conhecimento e improvimento do recurso, no sentido de que a decisão do juiz falimentar seja confirmada na sua integralidade.

É o breve relatório.

Incluídos em pauta de julgamento.

VOTO

Tenho que não merece prosperar o recurso do agravante.

Alega a recorrente que não está sujeita aos efeitos da Concordata, porém, não mencionou em sua inicial, acerca do pedido formulado pelos agravados, no processo de adequação de dívida com pedido de restituição de indébito, a qual foi deferida liminar para suspender as ações de reintegração de posse.

Nesse diapasão, ainda cabe referir, que há expressa previsão legal para suspensão do feito executivo quando da concessão da concordata, na forma do disposto no art. 161, § 1º, inciso II, do Decreto-lei nº 7661, de 21-06-45, *in verbis*:

“Art. 161 - Cumpridas as formalidades do artigo anterior, o escrivão fará, imediatamente, os autos conclusos ao Juiz, que, se o pedido não estiver formulado nos termos da lei, não vier devidamente instruído, ou quando estiver inequivocamente caracterizada a fraude, declarará, dentro de 24 (vinte e quatro) horas, aberta a falência, observado o disposto no parágrafo único do art. 14 desta Lei. (Redação dada pela Lei nº 7.274, de 10.12.1984)

§ 1º Estando em termos o pedido, o juiz determinará seja processado, proferindo despacho em que:

(...)

II - ordenará a suspensão de ações e execuções contra o devedor, por créditos sujeitos aos efeitos da concordata;”

A intenção do legislador ao prever a suspensão dos referidos feitos era, justamente, evitar que os atos de expropriação que pudessem ocorrer após a concessão da concordata preventiva, restassem desconstituídos em razão do pagamento do débito no curso da concordata ou, ainda, caso decretada a falência, fossem arrecadados tais bens.

A propósito, cito precedentes dos nossos Tribunais Pátrios e do Superior Tribunal de Justiça:

“AGRAVO DE INSTRUMENTO – AÇÃO CAUTELAR – SUSTAÇÃO DE PROTESTO – LIMINAR – CONCORDATA PREVENTIVA – Gerado o crédito em período anterior ao deferimento da concordata, ainda que seu vencimento seja posterior a ela, estará sujeito aos seus efeitos. Art. 147 da Lei de Falências. Precedente jurisprudencial. Liminar mantida. Agravo de instrumento desprovido”. (TJRS – AGI 70003593647 – 6ª C.Cív. – Rel. Des. Cacildo de Andrade Xavier – J. 08.05.2002).

“CONCORDATA - Coisa vendida a crédito. Entrega quinze dias antes do requerimento. A venda a crédito de mercadoria entregue menos de quinze dias antes do ajuizamento do pedido de concordata, alienada a terceiros, não autoriza a restituição, devendo o crédito ser habilitado como quirografário. Precedentes do STJ. Recurso conhecido e provido”. (STJ – RESP 437596 – RS – 4ª T. – Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar – DJU 10.02.2003).

Com isso, não merece reparo a douta decisão atacada, tendo em vista as peculiaridades do caso. DIANTE DE TODO O EXPOSTO, considerando a legislação e a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça pertinentes à matéria, voto pelo CONHECIMENTO E IMPROVIMENTO DO AGRAVO DE INSTRUMENTO, mantendo em todos os seus termos a decisão monocrática.

É como voto.

Fortaleza, 23 de junho de 2008

Agravo Regimental

PROCESSO Nº 2007.0015.2726-4/1.

AGRAVO EM SUSPENSÃO DE SEGURANÇA.

AGRAVANTES: ANTÔNIO RICARDO BARBOSA RODRIGUES E OUTROS.

AGRAVADOS: MUNICÍPIO DE FORTALEZA E OUTRO.

RELATOR: DES. FERNANDO LUIZ XIMENES ROCHA.

EMENTA: PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO EM SUSPENSÃO DE SEGURANÇA. ART. 40, §13, DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. SUBMISSÃO AO REGIME GERAL DE PREVIDÊNCIA SOCIAL. PERMANÊNCIA DO EMPREGADO PÚBLICO NO REGIME PRÓPRIO DE PREVIDÊNCIA. LESÃO À ORDEM PÚBLICA RECONHECIDA. AGRAVO DESPROVIDO.

1. Não merece prosperar agravo em suspensão de segurança, quando ausente argumento novo hábil a refutar os fundamentos da suspensão deferida ante a constatação de lesão à ordem pública na dimensão jurídico-constitucional — potencializada pelo efeito multiplicador — oriunda de tutela antecipada que determinou a permanência de empregados públicos no regime próprio de previdência dos servidores públicos municipais, em detrimento de expressa previsão constitucional de submissão ao regime geral de previdência social (art. 40, §13, da Lei Fundamental).

2. Agravo improvido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos, acorda o Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, em sua composição plenária, à unanimidade, em conhecer do agravo e negar-lhe provimento, tudo de conformidade com o voto do Relator.

Fortaleza, 10 de julho de 2008.

RELATÓRIO

Trata-se de agravo interposto em face de decisório suspensivo dos efeitos da tutela antecipada concedida nos autos do Processo nº 2000.0139.6368-7 (ação ordinária), em curso, nesta Capital, perante a 3ª Vara da Fazenda Pública, a qual determinou à Empresa Municipal de Limpeza e Urbanização (EMLURB)

e ao Município de Fortaleza “absterem-se de transferir para a órbita do INSS, como segurados obrigatórios, os autores relacionados no preâmbulo, mantendo-os e para fins previdenciários, ligados à citada Autarquia Previdenciária do Município de Fortaleza, sem qualquer solução de continuidade ou impedimento de benefícios que, em razão do tempo de serviço, venham ali a ser requeridos pelos mesmos”.

Os recorrentes apontam a ausência de interesse público a ser tutelado no presente incidente, assim como de efeito multiplicador, sob a afirmação de que a demanda principal envolve apenas 20 (vinte) dos 81 (oitenta e um) empregados da EMLURB admitidos antes da Emenda nº 41 à Constituição da República, os quais efetuaram contribuições e, por isso, adquiriram o direito de se aposentar pelo Instituto de Previdência Municipal.

Defendem os agravantes que, ao ingressar no serviço público, o agente incorpora o direito à aposentadoria com termo pré-fixado ou condição pré-estabelecida, a configurar direito adquirido nos moldes do art. 6º, §2º, da Lei de Introdução ao Código Civil.

Asseveram, igualmente, equívoco da decisão combatida quanto à consideração de que o juízo singular ordenou o deferimento da aposentadoria da Sra. Lúcia Araújo Lima César Cabral sem que esta houvesse implementado as exigências legais, porquanto citada empregada pública somente deixou de contribuir para o IPM por 7 (sete) meses, os quais, inclusive, não influem na integralização do período de 30 (trinta) anos de contribuição para a previdência municipal já totalizados.

É o relatório, no que tinha de essencial.

VOTO

O decisório combatido funda-se na consideração primordial de que o art. 40, §13, da Constituição da República, alterado pela EC nº 20/1998, impõe a submissão do ocupante de emprego público ao regime geral de previdência social, sendo descabido invocar, *in casu*, direito adquirido à aposentação pelo regime próprio de previdência dos servidores municipais detentores de cargo efetivo, sob o argumento de imperativa observância das regras vigentes ao tempo de ingresso do agente no serviço público.

Eis os fundamentos da decisão impugnada, os quais evidenciam a lesão à ordem pública na dimensão jurídico-constitucional, verbis:

Todavia, respeitante à invocação de gravame à ordem pública, na vertente jurídico-constitucional, de fato, o decisório combatido

prejudica diretamente o interesse público em questão. Isso porque, independentemente do regime jurídico a que esteja o servidor vinculado (estatutário ou trabalhista), a aposentadoria somente passa a compor a esfera patrimonial do segurado, em nível de direito adquirido, quando atendidas as exigências legais imprescindíveis à sua conformação, antes do que se tem presente unicamente expectativa de que a normatividade sobreviva ao tempo, é dizer, permaneça em vigor para incidir no futuro sobre a situação fático-funcional do servidor.

Nesse contexto, a atual redação do art. 40, §13, da Constituição da República, alterado pela EC nº 20/1998, estabelece que “ao servidor, ocupante exclusivamente de cargo em comissão declarado em lei de livre nomeação e exoneração bem como de outro cargo temporário ou de emprego público, aplica-se o regime geral de previdência social.”

Com a inovação trazida pela norma reformadora, impôs-se a submissão, ao regime geral de previdência social gerido pelo INSS, dos empregados públicos que, na data da publicação de citado diploma, não tivessem reunido os requisitos necessários à aposentação (art. 3º da EC nº 20/1998).

[...]

Importante é destacar que a Corte Suprema recentemente declarou a constitucionalidade da inovação trazida pela EC nº 20/1998 (ADI 2024/DF, rel. Ministro Sepúlveda Pertence, DJU 22.06.2007, pág. 16).

Por conseguinte, na hipótese em tablado, somente se poderia falar em direito adquirido à permanência no regime previdenciário próprio dos servidores ocupantes de cargo efetivo se, repita-se, na data da publicação da Emenda nº 20, os autores da ação ordinária houvessem implementado as condições legais bastantes à transferência para a inatividade, circunstância despercebida pelo Juízo *a quo*.

Nesse aspecto, não comungo do entendimento firmado pelos requeridos de que os agentes públicos (*lato sensu*) tenham direito de se aposentar consoante as normas vigentes ao tempo de seu ingresso no serviço público, sobretudo quando os próprios subscritores da peça de fls. 142-155 reconhecem, na preambular da demanda principal, tratar-se de tese inovadora.

Ao contrário do que alegam, parece-me evidente que, *in casu*, os promoventes da ação principal pretendem invocar direito adquirido

a regime jurídico, cuja inadmissibilidade já está sedimentada na jurisprudência pátria (fls. 254-256).

Nesse aspecto, observo que o inconformismo em exame apenas repete a tese defendida na ação principal e na manifestação de fls. 142-155, não trazendo qualquer argumento novo hábil a impor a reforma do ato impugnado.

Em verdade, o rebate direto aos fundamentos da decisão suspensiva restringe-se a dois aspectos.

De primeiro, argumentam haver equívoco no ato agravado, ao considerar que o juízo singular determinou o deferimento da aposentadoria da Sra. Lúcia Araújo Lima César Cabral sem o implemento das exigências legais, visto restar comprovado no âmbito da demanda que citada empregada pública já integralizou o tempo de contribuição bastante à obtenção do benefício previdenciário.

Quanto a isso, inconsistente é o recurso, porquanto a lesão à ordem pública reconhecida pela Presidência não adveio precisamente da constatação de ausência dos requisitos necessários à aposentadoria — o que, aliás, foi destacado como questão impossível de resolução na via estreita do pedido de suspensão — mas do fato de o decisório singular, nos termos em que proferido, findar por compelir a Administração a proceder indiscriminadamente à aposentação dos servidores, mesmo diante da verificação do não implemento das exigências legais, tal como ocorreu em relação à Sra. Lúcia Araújo Lima César Cabral.

Confirmam-se os termos do ato combatido, verbis:

Concernente à ordem público-administrativa, idêntico gravame provém da decisão afrontada, porquanto esta, nos termos em que proferida, finda por compelir a Administração a proceder indiscriminadamente à aposentação dos servidores, mesmo diante da verificação do não implemento das exigências legais, tal como ocorreu em relação à Sra. Lúcia Araújo Lima César Cabral.

Com efeito, infere-se dos fólios que citada empregada pública, a qual compõe a parte autora da lide em análise, teve indeferido requerimento de aposentadoria em face da constatação administrativa de insuficiência do tempo de contribuição indispensável à concessão do benefício (fls. 56 e 112-8), havendo o julgador monocrático atribuído multa coercitiva ao IPM por considerar que a rejeição do pleito extrajudicial configurava descumprimento à ordem judicial que veda, em prol dos suplicados,

“qualquer solução de continuidade ou impedimento de benefícios que, em razão do tempo de serviço, venham ali a ser requeridos pelos mesmos”.

Nesse ponto, sem adentrar o mérito de saber, mediante cognição exauriente, se a citada servidora pública contribuiu o tempo necessário à aquisição do direito à aposentadoria, o que certamente não tem lugar na via estreita do pedido de suspensão, os autos revelam não ter o Julgador singular efetuado qualquer investigação voltada a esclarecer tal questão, indispensável para se concluir se aperfeiçoado ou não o direito em debate, independentemente de os proventos respectivos serem suportados pelo IPM ou pelo INSS (fls. 256-257).

Portanto, também nesse ponto o agravo não merece êxito.

O último questionamento recursal cinge-se ao fato de a ação principal abranger apenas 20 (vinte) dos 81 (oitenta e um) empregados da EMLURB admitidos antes da Emenda nº 41 à Constituição da República, não havendo, por isso, falar em efeito multiplicador.

Quanto a isso, nenhum argumento novo foi trazido na insurreição, prevalecendo os fundamentos do ato agravado exarado nos moldes seguintes:

Disso resulta grave comprometimento da ordem pública, na expressão administrativa, ainda mais se revelado o efeito multiplicador, plenamente previsível *in casu*, em face do ajuizamento de demandas com idêntico objeto pelos demais empregados da EMLURB, que, assim como os suplicados, se acham com mera expectativa de direito à aposentação, sendo só isso bastante para se vislumbrar a multiplicação de ações como a presente, pouco importando que o direito de se aposentar perante o IPM, defendido em primeira instância, não abranja todos os servidores públicos municipais, como alegam os requeridos (fl. 257).

Do exposto, não havendo motivo para a reforma da decisão impugnada, hei por bem mantê-la, razão pela qual conheço do agravo, mas para negar-lhe provimento.

É como voto.

Fortaleza, 10 de julho de 2008.

**PROCESSO Nº 2007.0019.5263-1/1.
AGRAVO INTERNO EM SUSPENSÃO DE SEGURANÇA.
AGRAVANTE: INTEGRAL COOPERATIVA DE PROFISSIONAIS
LIBERAIS LTDA.
AGRAVADO: ESTADO DO CEARÁ.
RELATOR: DES. FERNANDO LUIZ XIMENES ROCHA.**

EMENTA: PROCESSUAL CIVIL. SUSPENSÃO DE LIMINAR EM MANDADO DE SEGURANÇA. LICITAÇÃO. PARTICIPAÇÃO DE COOPERATIVA. LESÃO À ORDEM E ECONOMIA PÚBLICAS. AGRAVO. INSUBSISTÊNCIA DA IMPUGNAÇÃO. DESPROVIMENTO.

- 1. Não merece prosperar agravo em suspensão de segurança interposto em face de decisório da Presidência que, de maneira fundamentada, demonstra a lesão à ordem e economia públicas oriunda de liminar que impõe a participação de cooperativa em pregão eletrônico, quando afastada tal possibilidade, expressa e justificadamente, no edital convocatório, viabilizando, também, venha o Estado a suportar o adimplemento de obrigações trabalhistas eventualmente não honradas pela agravante, nos termos do Enunciado nº 331 do TST.**
- 2. Agravo conhecido e desprovido.**

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos, acorda o Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, em sua composição plenária, à unanimidade, em conhecer do agravo interno, para negar-lhe provimento, tudo de conformidade com o voto do Relator.

Fortaleza, 04 de outubro de 2007.

RELATÓRIO

Cuida-se de agravo oposto em face de decisório da Presidência que deferiu pedido de suspensão da liminar concedida nos autos do Mandado de Segurança (Proc. nº 2007.0017.7028-2), em curso, nesta Capital, perante a 5ª Vara da Fazenda Pública, determinando “a participação da impetrante no pregão eletrônico nº 1/2007 da Secretaria do Esporte do Estado do Ceará.” (fls. 89-92).

A postulante refuta a tese suspensiva do ente público, asseverando ser inverídica a informação de que já contratado o vencedor do pleito, o qual se encontraria, ainda, na fase de arrematação, acrescentando ser possível a repetição

de etapas eivadas de vício, consoante previsão do art. 4º, XIX, da Lei nº 10.520/2002, a revelar a inconsistência do argumento de lesão à ordem administrativa decorrente de tumulto processual.

Ressalta, também, que sua presença no pregão eletrônico não fere o princípio da isonomia, porquanto prevista no edital obrigatória contratação de profissionais regidos pela CLT (Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943), sendo, ademais, inconstitucional tratamento discriminatório impeditivo da participação de cooperativa em processo licitatório embasado na existência de carga tributária diferenciada conferida àquela entidade, ainda mais quando ausente norma jurídica nesse sentido.

Sustenta que, uma vez assinada a carteira de trabalho e previdência social (CTPS) dos cooperados, descabe invocar risco à ordem econômica oriunda da precariedade da relação de emprego, salientando, outrossim, que o art. 442, parágrafo único, da CLT não trata da relação entre cooperativa e empregados, mas entre aquela e os sócios cooperados.

Por fim, a recorrente destaca que, na proposta ofertada, quotou os custos dos profissionais considerando o regime da CLT, não impondo, portanto, qualquer risco ao Erário.

É o relatório.

VOTO

Respeitante aos dois primeiros pontos do inconformismo, importante é registrar que a suspensão de segurança sequer foi deferida sob tais enfoques.

De fato, a despeito de o Estado do Ceará haver apontado a afronta ao princípio da isonomia e a aptidão da medida liminar para ocasionar retrocesso no procedimento licitatório com gravame à ordem administrativa, o enfrentamento de tais matérias revelou-se desnecessário para acolhimento do pleito suspensivo, sustentando-se o decisório presidencial em outros fundamentos adiante explicitados.

Em face disso, os questionamentos em alusão revelam-se inócuos, carecendo, pois, de apreciação.

Na realidade, a sustação da providência judicial de primeiro grau funda-se primordialmente na necessidade de resguardo à economia pública, diante do abalo financeiro prejudicial à coletividade, passível de ser suportado pelo ente político acaso subsistente a eficácia do ato judicial determinante da participação de cooperativa em procedimento licitatório.

Consoante explicitado no decisório impugnado, em face do que dispõe o Enunciado nº 331 do Tribunal Superior do Trabalho, o poder público, quando tomador do serviço contratado, é co-responsabilizado pelo adimplemento das obrigações trabalhistas, razão de a Administração, por cautela, estar a exigir, na prática, comprovante da efetiva quitação pela empresa fornecedora da mão-

de-obra a cada vez em que liberada a verba destinada a tal fim.

Ponderou-se que, todavia, em sendo o serviço contratado com cooperativas, a citada medida preventiva revela-se impossível de ser implementada, por conta da ausência de vínculo empregatício precedente entre estas e seus cooperados, acarretando, assim, risco previsível de o gestor da coisa pública ver-se na contingência de efetuar pagamento em duplicidade, com prejuízo aos cofres públicos.

Essa a razão porque, *in casu*, afigura-se lesivo à ordem e economia públicas o comando judicial singular ordenador da admissão pelo Estado da participação de cooperativa em modalidade licitatória, cujo edital afasta, expressa e justificadamente, essa possibilidade (item 3.4. à fl. 50).

Nesse momento, é de se acrescentar, apenas, não lograr êxito o argumento recursal de que, uma vez assinada a carteira de trabalho e previdência social (CTPS) dos profissionais, impertinente seria o receio de risco à ordem econômica oriundo da precariedade da relação de emprego.

Consoante destacado pelo Superior Tribunal de Justiça na Suspensão de Segurança nº 1352, mencionada no decisório recorrido (fl. 103-4), cooperativa não fornece empregados, ainda mais porque ausente relação de emprego entre a entidade e seus associados (art. 90, da Lei nº 5.764/1971, a qual institui o regime jurídico das sociedades cooperativas - cópia acostada pelo agravante à fl. 121), mas autônomos, que integram aquela entidade, com a qual inexistente relação de emprego.

Quanto a isso, a própria agravante se contradiz e revela a insubsistência da insurreição quando, afirmando inexistir óbice à participação de cooperativa em procedimentos licitatórios, ressalta: “Se assim fosse, a Unimed em todo o Brasil, por exemplo, jamais poderia prestar serviços aos seus usuários, considerando que todos os profissionais necessários ao atendimento e operacionalização de suas atividades, à exceção dos seus cooperados médicos, são funcionários em regime CLT [...]” (fl. 110).

Ora, a disciplina da relação jurídica entre a Unimed e seus usuários certamente não guarda qualquer pertinência com a relação contratual em apreço a ser firmada entre o poder público e uma empresa fornecedora de mão-de-obra vencedora de procedimento licitatório.

Ademais, ainda que se abstraia essa questão, o contato entre os usuários da Unimed e empregados desta não tem qualquer vinculação com o serviço pretendido e obtido por aqueles, o qual certamente é prestado, no final das contas, por profissionais da saúde, em sua maioria médicos, autônomos e, como a própria suplicante admite, sem vínculo empregatício com a entidade.

Por fim, é de se ponderar que a ausência de norma legal proibitiva da participação de cooperativa não representa argumento suficiente a afastar a proteção que se deve conferir ao interesse público de ordem econômica prestigiado

na espécie, o qual há de prevalecer em cotejo ao mero anseio privado da cooperativa de participar do certame.

Ante todo o exposto, inexistindo plausibilidade para a reforma da decisão impugnada, hei por bem mantê-la, razão pela qual conheço do agravo, para negar-lhe provimento.

É como voto.

Fortaleza, 04 de outubro de 2007.

Agravo Regimental no Habeas Corpus nº 2007.0033.4827-8/1.

Agravantes: Helder Pontes Ferreira e Thiago de Almeida Ayres.

Agravado: Juiz de Direito da 4ª. Vara da Infância e Juventude de Fortaleza - CE.

Relatora: Des. Maria Iracema do Vale Holanda.

EMENTA: AGRAVO REGIMENTAL EM *HABEAS CORPUS*. DECISÃO MONOCRÁTICA QUE NEGOU LIMINAR POSTULADA. IMPOSSIBILIDADE DE INTERPOSIÇÃO DE REGIMENTAL. AGRAVO NÃO CONHECIDO.

1. Não se admite agravo regimental contra decisão do relator de *habeas corpus* que nega a liminar postulada, por ser uma deliberação exclusiva do relator e não do órgão colegiado, dada a processualística específica e célere do *habeas*.

2. Em casos que tais, ensina o STF:

“RECURSO. Agravo regimental. Interposição contra decisão denegatória de liminar em *habeas corpus*. Inadmissibilidade. Recurso não conhecido. Precedentes. Não cabe agravo regimental contra decisão denegatória de liminar em *habeas corpus*” (STF - AG.REG.NA MEDIDA CAUTELAR NO HABEAS CORPUS - 93708 / RJ - Relator: Min. CEZAR PELUSO - PUBLIC 16-05-2008).

3. Do mesmo modo, entende o STJ, em acórdão de lavra do PROFESSOR NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO:

AGRAVO REGIMENTAL EM *HABEAS CORPUS*. NÃO IMPUGNAÇÃO DA DECISÃO AGRAVADA. IMPETRAÇÃO CONTRA DECISÃO QUE NEGOU O PEDIDO DE TUTELA LIMINAR. SÚMULA 691/STF. INDEFERIMENTO DO *WRIT*. AUSÊNCIA DE INEQUÍVOCA ILEGALIDADE. RECURSO DESPROVIDO.

(...)

2. Não se admite a impetração de *Habeas Corpus* neste STJ contra decisão monocrática denegatória de liminar em *writ* anterior, salvo se demonstrada flagrante ilegalidade no ato atacado, beirando a teratologia jurídica, sob pena de supressão de instância (Súmula 691/STF).

(...)

3. Dest'arte, o entendimento proferido pelo Juízo de primeiro grau, e pelo Tribunal a quo não se mostra, de forma alguma, flagrantemente ilegal, abusivo ou teratológico, a ponto de autorizar a mitigação da orientação já sumulada pelo Pretório Excelso de que não cabe *Habeas Corpus* contra decisão que indefere pedido liminar. (STJ - AgRg no HC 89.004/SP, Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, QUINTA TURMA, DJ 28.04.2008 p. 1)

4. Recentes precedentes do STF e STJ.

- Agravo Regimental não conhecido.

- Unânime.

ACÓRDÃO:

Vistos, relatados e discutidos o presente Agravo Regimental no Habeas Corpus Cível n.º 2007.0033.4827-8/1, em que figuram as partes acima indicadas. Acorda a 4ª Câmara Cível do Egrégio Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, por unanimidade, em NÃO CONHECER DO AGRAVO REGIMENTAL interposto, nos termos do voto da Relatora.

RELATÓRIO:

Cuida-se de agravo regimental interposto por Helder Pontes Ferreira e Thiago de Almeida Ayres, em favor do menor A. A. S., contra decisão em que, na função de Relatora do feito, indeferi a liminar postulada no sentido da soltura do menor.

O caso a ação originária: foi impetrado *habeas corpus* em favor do menor A. A. S., em razão da apreensão do menor pela prática de ato infracional de roubo, em que abordou vítima de revólver em punho, lhe subtraindo uma mibilete. Tal prática foi confessada pelo próprio menor.

A decisão de Primeiro Grau que determinou a apreensão do menor: o Juiz da 4ª. Vara da Infância e Juventude de Fortaleza – CE entendeu pela apreensão do menor, dada a gravidade do ato infracional praticado, além de suas circunstâncias. No dia 04 de outubro de 2007 o Juízo da 4ª. Vara da Infância, por

sentença, julgou procedente a representação contra o paciente. Transcrevo o dispositivo:

“Por todo o exposto, julgo procedente a representação contra A. A. S., pela prática de ato infracional de ROUBO, sujeitando-o à medida sócio-educativa consistente em INTERNAÇÃO, a ser cumprida no Centro Educacional mais apropriado à sua faixa etária, nos termos dos arts. 112, VI, 121, 122 e 123, todos do Estatuto da Criança e do Adolescente” (fl. 97, verso).

Daí a impetração.

O *Habeas Corpus*: com o objetivo de soltura do menor, foi impetrado o presente *writ*.

A Decisão monocrática que deu origem ao presente recurso de agravo regimental: esta Relatora entendeu que não havia perigo da demora e nem plausibilidade do direito invocado como caracterizadores da soltura do menor. À ocasião, percebi que as razões da sentença foram plausíveis e coerentes com o direito aplicável à espécie, não havendo qualquer teratologia na decisão de primeiro grau a justificar sua revisão mediante *habeas corpus*.

O Agravo Regimental: não conformados com a decisão desta Relatora que indeferiu a liminar postulada, interpuseram os impetrantes o presente regimental, às fls. 116/121, visando a reforma da decisão monocrática, conseqüente concessão da liminar pleiteada na inicial.

É o relatório.

VOTO

De conformidade com o relatado depreende-se que se trata de agravo regimental interposto contra decisão que indeferiu liminar em *habeas corpus* cível, em ato infracional (roubo com arma de fogo) praticado por paciente menor de idade.

Inicialmente, devo ressaltar que o presente recurso não merece conhecimento. Não se admite agravo regimental contra decisão do relator de *habeas corpus* que nega a liminar postulada, por ser uma deliberação exclusiva do relator e não do órgão colegiado, dada a processualística específica e célere do *habeas*.

Os Tribunais da Federação, na esteira de orientação jurisprudencial capitaneada pelo Egrégio Supremo Tribunal Federal, firmaram entendimento no sentido de não ser cabível agravo regimental contra decisão monocrática do Relator que, em sede de *habeas corpus*, indefere fundamentadamente a medida

liminar, conforme ocorreu no presente caso.

Para o julgamento de qualquer recurso, faz-se mister o preenchimento dos chamados pressupostos recursais, condições prévias para seu conhecimento. E no caso em tela falta o requisito do cabimento.

Em casos que tais, ensina o STF:

“RECURSO. Agravo regimental. Interposição contra decisão denegatória de liminar em *habeas corpus*. Inadmissibilidade. Recurso não conhecido. Precedentes. Não cabe agravo regimental contra decisão denegatória de liminar em *habeas corpus*” (STF - AG.REG.NA MEDIDA CAUTELAR NO *HABEAS CORPUS* - 93708 / RJ - Relator: Min. CEZAR PELUSO - PUBLIC 16-05-2008).

Do mesmo modo, entende o STJ, em recente acórdão de lavra do PROFESSOR NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO:

AGRAVO REGIMENTAL EM *HABEAS CORPUS*. NÃO IMPUGNAÇÃO DA DECISÃO AGRAVADA. IMPETRAÇÃO CONTRA DECISÃO QUE NEGOU O PEDIDO DE TUTELA LIMINAR. SÚMULA 691/STF. INDEFERIMENTO DO *WRIT*. AUSÊNCIA DE INEQUÍVOCA ILEGALIDADE. RECURSO DESPROVIDO.

(...)

2. Não se admite a impetração de *Habeas Corpus* neste STJ contra decisão monocrática denegatória de liminar em *writ* anterior, salvo se demonstrada flagrante ilegalidade no ato atacado, beirando a teratologia jurídica, sob pena de supressão de instância (Súmula 691/STF).

(...)

4. Dest' arte, o entendimento proferido pelo Juízo de primeiro grau, e pelo Tribunal a quo não se mostra, de forma alguma, flagrantemente ilegal, abusivo ou teratológico, a ponto de autorizar a mitigação da orientação já sumulada pelo Pretório Excelso de que não cabe *Habeas Corpus* contra decisão que indefere pedido liminar. (STJ - AgRg no HC 89.004/SP, Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, QUINTA TURMA, DJ 28.04.2008 p. 1)

A diretiva jurisprudencial firmada é praticamente sumular, todos de recentes julgados do STJ:

AGRAVO REGIMENTAL. *HABEAS CORPUS* . DECISÃO QUE APRECIA MEDIDA LIMINAR. RECURSO INCABÍVEL.

1 - Esta Corte firmou entendimento de que não cabe agravo regimental contra decisão que, fundamentadamente, concede ou indefere liminar em *habeas corpus*. 2 - Agravo regimental não conhecido.

(STJ - AgRg nos EDcl no HC 52.958/RS, Rel. Ministro PAULO GALLOTTI, DJ 26.02.2007 p. 645)

PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO *HABEAS CORPUS*. HOMICÍDIO QUALIFICADO. LIMINAR. INVIABILIDADE. INDEFERIMENTO. ASSISTENTE DE ACUSAÇÃO. INGRESSO. *WRIT*. IMPOSSIBILIDADE. PRECEDENTES.

1. É pacífico o entendimento jurisprudencial de que não é cabível o agravo regimental contra decisão que defere liminar.

(...)

3. Agravo não conhecido. (STJ - AgRg no HC 72.726/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, DJ 07.05.2007 p. 366)

AGRAVO REGIMENTAL. DECISÃO INDEFERITÓRIA DE LIMINAR EM *HABEAS CORPUS*. INCABIMENTO. FUNDAMENTAÇÃO. RECURSO NÃO CONHECIDO.

1. Esta Corte Superior de Justiça, na esteira de precedentes do Excelso Supremo Tribunal Federal, firmou já entendimento no sentido de que não cabe recurso contra decisão de Relator que, em *habeas corpus*, indefere, fundamentadamente, pedido de medida liminar.

(...) 3. Agravo regimental não conhecido. (STJ - AgRg no HC 55.731/SP, Rel. Ministro HAMILTON CARVALHIDO, SEXTA TURMA, DJ 09.04.2007 p. 273)

Logo, impossível se torna o conhecimento do presente recurso.

DISPOSITIVO:

Por tais razões, de acordo com os precedentes do STJ e do STF colacionados, que impedem o uso de regimental em sede de *habeas corpus*, voto pelo não conhecimento do agravo regimental, determinando-se o regular prosseguimento do feito.

É como voto.

Fortaleza, 21 de maio de 2008.

Ação Rescisória

Ação Rescisória nº 2000.0012.6969-1

Órgão Julgador: Câmaras Cíveis Reunidas

Autores: Mônica Elizenete da Silva, Ana Cléa Bezerra Pereira, Cipriano Almada de Barros, Ana Dourado de Barros, José Joacilo Teixeira, Gerardo Ferreira de Castro, Maria Ilmar dos Santos Castro, Paulo de Tarcio Marques Martins, Antônia da Silva Martins, Francisco Erivaldo da Silva Ferreira, Maria Aldenir Alves da Silva, Raimundo Gondim de Almeida, Antônio Felizardo dos Santos, Maria Zeneida Ferreira dos Santos, Francisco de Assis Duarte, Maria de Fátima dos Santos Duarte, Maria Soares de Oliveira e Francisca Bezerra Pereira.

Réus: José Maciel Freitas e Rita Lúcia da Rocha Maciel

Relator: Des. Rômulo Moreira de Deus

EMENTA

Processo Civil. Ação Rescisória. Sentença de usucapião. Ausência de citação dos possuidores. Possibilidade de reconhecimento do vício de nulidade na ação rescisória. Decretação da nulidade da sentença declaratória da prescrição aquisitiva e do respectivo processo.

I - A ausência de citação pessoal de quem detinha a posse de parte da área usucapida rende ensejo à decretação da nulidade da sentença e da respectiva ação de usucapião.

II - Embora a ação rescisória não seja o meio próprio para rescindir sentença proferida em processo cuja citação é flagrantemente nula, tal circunstância não impede que, em face dos princípios da celeridade, da economia e, principalmente, da efetividade da prestação jurisdicional, se possa através desta ação especial decretar a nulidade da sentença hostilizada, bem como do processo a partir do momento em que ocorreu o vício da ausência de citação.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de Ação Rescisória nº 2000.0012.6969-1, em que são partes as acima indicadas.

Acordam os Desembargadores integrantes das Câmaras Cíveis Reunidas do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, por unanimidade de votos, em declarar a nulidade da ação de usucapião nº 00.02.33016-5 a partir do momento que ocorreu o vício da ausência de citação dos Autores desta ação rescisória.

Adota-se o relatório de f. como parte integrante deste acórdão.

Os Réus suscitam a decadência da ação rescisória, argumentando que a sentença de usucapião transitou em julgado em 28.08.1995, enquanto que a ação em desate somente foi proposta em 12.09.1997, após o biênio legal.

Não vinga a preliminar de decadência.

Examinando-se os autos, constata-se que nenhum dos Autores da ação rescindenda foi, na condição de possuidor, citado pessoalmente para integrar a lide.

A necessidade de citação do possuidor na ação de usucapião é justificada pela doutrina especializada com eco na Súmula 263 do STF, ante a possibilidade de que o autor embora tenha preenchido os requisitos necessários para a prescrição aquisitiva possa vir a perdê-la para estranho.

Nesta linha de argumentação, a doutrina mais abalizada sobre o tema, *in verbis*:

“A Súmula 263 do Supremo Tribunal Federal dispõe: “O possuidor deve ser citado, pessoalmente, para a ação de usucapião.” Cuida-se da hipótese em que o usucapiente, embora tivesse o prazo aquisitivo, tenha perdido a posse ou parte dela. O possuidor atual deve ser citado.” In Código Civil, VENOSA, Silvio de Salvo - Direitos Reais, 2ª edição, pág. 206, Atlas, 2002.

Nesta direção aponta o eg. Superior Tribunal de Justiça:

“Ementa: Usucapião. Possuidores. Citação. Ainda se entenda que necessária a citação pessoal de possuidores, após a vigência do Código de 73, a exigência estará limitada aos que fossem quando ajuizada a ação”. REsp. nº 19.066-0, Relator designado, Min. Eduardo Ribeiro.

Demonstrada a necessidade de citação dos últimos e atuais possuidores na ação de usucapião, tenho que a sentença proferida com mácula da ausência deste ato convocatório inaugural não transita em julgado o que impede, sequer, cogitar-se de início do prazo decadencial para a propositura da ação rescisória.

Ademais, a despeito de demonstrada a impossibilidade da ocorrência do trânsito em julgado do *decisum* rescindendo, em face da ausência de citação, tem-se por equivocada a assertiva dos Contestantes de que a ação rescisória foi ajuizada após o biênio legal.

Eis que, tendo circulado o Diário da Justiça que publicou a sentença

rescindenda em 30.08.1995 (f. 17), o início do biênio só iniciaria a partir de 15.09.95, um dia após a data do trânsito em julgado do *decisum* fustigado, *ex vi* do disposto nos arts. 184 e 467 do C. Pr. Civ., findando, pois, nesta hipótese, em 15.09.1997, data posterior à do ajuizamento da ação rescisória ocorrido em 12.09.97.

A contagem do prazo se faz, a partir do trânsito em julgado da sentença e não da publicação desta, como pretendem os Réus.

Rejeita-se, pois a preliminar de decadência levantada.

Passa-se ao exame do mérito da ação.

Começa-se por observar que dentre os Demandados na ação reivindicatória agitada por José Maciel Freitas e Rita Lúcia da Rocha Maciel, réus da ação em desate, consta Geraldo Ferreira de Castro e sua mulher Maria Ilmar dos Santos Castro, comerciantes, Antônio Felizardo dos Santos e Cipriano Almada de Barros integrantes do polo ativo da ação rescisória em trato.

A posse exercida por estes possuidores e pelos demais Promoventes da presente ação rescisória, em partes individualizadas da área sob litígio, situa-se na Praia das Goiabeiras, mais especificamente no Planalto Regatas, onde se destaca a Rua José Vilar, remontando o assentamento aos idos de 1990 e 1991, consoante atestam os cadastros de posseiros (f. 37-38) e os documentos pertinentes ao serviço de água e esgoto junto a CAGECE (f. 39-40).

Tal fato e a prova testemunhal coletada (f. 112-117 e 122-127) põem à evidência a necessidade de citação desses possuidores para, integrando o polo passivo da ação de usucapião hostilizada, manifestarem, sob as garantias constitucionais do contraditório e do devido processo legal, interesse no feito.

Neste ponto, ao discorrerem sobre os efeitos da citação, ensinam Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart, *in verbis*:

“A partir da citação operada, tem-se a conseqüência de que a relação jurídica material deduzida fez-se litigiosa, incidindo discussão sobre sua existência, validade ou eficácia.”. In Manual do Processo de Conhecimento, MARINONI, Luiz Guilherme, ARENHART, Sérgio Cruz, pág. 109, Editora Revista dos Tribunais.

Oportuno ressaltar que no sistema processual vigente a ação rescisória não se prestaria para rescindir sentença proferida em processo cuja citação fosse nula, posto que dita ação pressupõe coisa julgada, a qual só ocorre se validamente formada a relação processual.

Essa é a opinião da doutrina sobre o tema:

“A rescindibilidade, que autoriza a ação rescisória, nos termos do art. 485, não se confunde com a nulidade da sentença. A rescisória, portanto, não supõe sentença nula, mas ao contrário, sentença válida, que tenha produzido coisa julgada. Rescindir, ensina Pontes de Miranda, não é decretar nulidade, nem anular; é partir até em baixo, cindir. Vale dizer: é desconstituir o ato até então válido e eficaz” In Curso de Direito Processual Civil, JÚNIOR, Humberto Theodoro, 36ª edição, Vol. I, p.592, Editora Saraiva, 2001.

Tal circunstância não induz, entretanto, concluir que não se possa através desta ação especial ver reconhecida a nulidade de pleno direito da sentença hostilizada, notadamente, quando os Autores fundamentam sua pretensão em fato que enseja a nulidade do *decisum*.

Acerca da possibilidade de decretação de nulidade da sentença no próprio processo da ação rescisória, incisivos são os ensinamentos de Pontes de Miranda e Humberto Theodoro Júnior, citados pelo eminente Ministro do STJ, Fontes de Alencar, no REsp 74.937-PB, *verbis*:

“... se a nulidade não se sanou, a sentença é nula. Então, na ação rescisória, pode o juízo ou tribunal decretar-lhe a nulidade, porque é o ensejo que lhe oferece, segundo os princípios, e a ação rescisória supõe que válida seja a sentença” Pontes de Miranda.

No mesmo sentido, o eminente processualista Humberto Theodoro Júnior, assevera:

“Isto não quer dizer, contudo, que no bojo da ação rescisória seja vedado ao juiz reconhecer a nulidade ou a inexistência do julgado. Se é na pendência da ação rescisória que se revela ou se demonstra a nulidade ou a inexistência da sentença, ali caberá ao julgador reconhecer ditos vícios. O que não será correto é pronunciar julgamento com o sentido de rescisão de sentença nula ou inexistente. O dispositivo do julgado haverá de ser de decretação de nulidade ou declaração de inexistência, conforme o caso” (Rev. de Processo nº19, p. 28.).

Por último, com o fim de que reste indubitosa a aceitação da ação rescisória como via idônea para declarar a nulidade de sentença em face da ausência de citação, traz-se à colação o douto magistério de Cândido Dinamarco

citado pela eminente jurista Teresa Arruda Alvim Wambier, verbis:

“De outro lado, o argumento é de cunho jurisprudencial e sociológico, e, mais uma vez, podemos fazer nossas as palavras de Cândido Dinamarco: “A aceitação da rescisória nos tribunais (...) corresponde a uma tendência, que se vê na doutrina e na jurisprudência moderna também, no sentido de ampliar o âmbito da jurisdição. Os juristas modernos vão tendo a consciência, sempre maior, da responsabilidade do Poder judiciário perante a população, cumprindo fazer com que efetivamente a Jurisdição vá além das sombras tradicionalmente respeitadas, penetre nas dobras que a postura tradicional deixava no sistema, e possa chegar até onde haja a lamentação de um direito violado”. In Nulidades do Processo e da Sentença, WAMBIER, Teresa Arruda Alvim, pg. 228, RT.

Na esteira de tal compreensão, os seguintes julgados do STJ:

“Processo Civil. Ação Rescisória. Sentença proferida em processo nulo por falta de citação. A sentença proferida em processo nulo por falta de citação deve ser atacada pela ação prevista no artigo 486 do Código de Processo Civil; mas, sem prejuízo da ação rescisória proposta equivocadamente, o Tribunal pode, nos próprios autos desta, declarar a nulidade da indigitada citação. Precedente.”(REsp 113091/MG, 3ª Turma, Min. Ari Pargendler, DJ 22.05.2000 p. 105)

“Ação rescisória. Falta de citação. – Tem sido admitida a ação rescisória para reconhecimento da nulidade de pleno direito do processo por falta de citação inicial. Recurso não conhecido.”(REsp 330293/SC, 4ª Turma, Min. Ruy Rosado de Aguiar, DJ 06.05.2002 p. 295)

A não citação pessoal, pois, dos possuidores que se fixaram em frações individualizadas do imóvel usucapiendo para moradia própria ou da sua família obstou a que a coisa se tornasse litigiosa (art. 219 do C.Pr. Civ.), como um dos efeitos da citação válida, configurando, destarte, hipótese ensejadora de decretação de nulidade da sentença que reconheceu a prescrição aquisitiva da totalidade do imóvel.

Ante o exposto, decreta-se a nulidade da sentença proferida na Ação

de Usucapião nº 00.02.33016-5 (202/94) e do respectivo processo, a partir do momento em que ocorreu o vício da ausência de citação pessoal dos Autores desta ação rescisória, condenando-se os Réus nas custas processuais e honorários de advogado à base de 20% sobre o valor da causa, corrigido monetariamente.

Após o trânsito em julgado do acórdão procedam-se às seguintes providências:

a) restitua-se aos autores da rescisória o depósito a que alude o art. 488, II, do Código de Processo Civil;

b) expeça-se mandado de cancelamento de registro ao Cartório Manoel Castro Filho - Registro de Imóveis da 3ª Zona de Fortaleza-CE, para que seja cancelado o R-1 da matrícula 60.667 e conseqüente encerramento da referida matrícula (arts. 248, 249, 250, I, da Lei n. 6.015/73).

Fortaleza, 14 de junho de 2005.

Processo nº: 2001.000.3845-7/0

Tipo de ação: Ação Rescisória

Autor: Estado do Ceará

Réu: Importadora e Exportadora Farias Ltda

Relator: Desembargador Francisco Sales Neto

Órgão Julgador: Câmaras Cíveis Reunidas

EMENTA. CONSTITUCIONAL. PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO RESCISÓRIA. ALEGAÇÃO DE VIOLAÇÃO À LITERAL DISPOSIÇÃO DE NORMAS DE CUNHO PROCESSUAL E MATERIAL. CLÁUSULA DE RESERVA DE PLENÁRIO. ICMS. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA PARA FRENTE.

1 - Alegação de violação à literal disposição de normas processuais sob o argumento da não observação da reserva de plenário para a declaração incidental tantum de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo. Declaração de inconstitucionalidade realizada por órgão fracionário. Impossibilidade. Competência do Plenário da Corte. Violação configurada. Necessidade de novo julgamento da causa.

2 - Alegação de violação à literal disposição de normas materiais. Violação igualmente configurada. Proferimento de novo julgamento. ICMS. Substituição tributária. O recolhimento antecipado do imposto antes da ocorrência de seu fato gerador, no caso o ICMS, fundado na substituição tributária para frente, encontra respaldo constitucional e infra-constitucional, consoante dispõem os artigos 150, § 7º e 155, inciso XII, alíneas a e b da CF/88, artigo 34, § 8º do ADCT e os Convênios 66/88 e 107/89. Precedentes do STF e desta Corte.

3 - Pedido procedente. Acórdão desconstituído. Embargos à execução fiscal julgado sim procedentes.

Acórdão

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de Ação Rescisória, em que são partes as pessoas acima indicadas, ACORDAM os Desembargadores integrantes das Câmaras Cíveis Reunidas, em julgar procedente o pedido nos termos do voto do Relator (íntegra este acórdão o relatório de fls.).

RELATÓRIO

Trata-se de ação rescisória interposta pelo Estado do Ceará com o fito de desconstituir o acórdão da lavra da 2ª Câmara Cível deste Tribunal, o qual confirmou todos os termos da sentença prolatada pelo MM. Juiz de Direito da 5ª Vara de Execuções Fiscais da Comarca de Fortaleza, na ação originária de Embargos à Execução Fiscal, julgando procedente o pedido, desconstituindo a penhora anteriormente efetuada em favor da Fazenda Pública Estadual.

O acórdão rescindendo fundamentou-se na declaração incidental de inconstitucionalidade de dispositivos relativos ao ICMS, que permitiam o seu recolhimento antecipado, antes da ocorrência de seu fato gerador, fundamentando-se no instituto da substituição tributária “para frente”.

A presente ação rescisória fundamenta-se no artigo 485, inciso V, do Código de Processo Civil, argüindo que a decisão guerreada violou a literal disposição de diversas normas do nosso ordenamento jurídico, quer de natureza processual, quer de natureza material, uma vez que aquela tratou da inconstitucionalidade de atos normativos que dispõem acerca da cobrança de tributo antes da ocorrência do fato gerador, por via de julgamento da Turma da 2ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, e não pelo Tribunal Pleno, órgão competente para apreciar a matéria.

Instada a se manifestar, a parte ré apresentou contestação, aduzindo em síntese o descabimento da presente ação, haja vista que o acórdão rescindendo não malferiu os alegados dispositivos legais, em razão da ausência de arguição de inconstitucionalidade de ato normativo estadual, havendo a desnecessidade de julgamento por parte do órgão Plenário desta Corte.

Salienta ainda, que em nenhum momento processual precursor foi suscitada a referida inconstitucionalidade de ato normativo, nem pelas partes nem tampouco pelo Ministério Público.

Intimado o autor a se manifestar sobre a contestação, este ratificou todos os termos e argumentos aduzidos na inicial, conforme fls. 306.

Abriu-se vista à douta PGJ, que se manifestou, em seu parecer de fls. 312/316, pela improcedência da presente ação.

É o breve relatório.

VOTO

Inicialmente, convém ressaltar que a presente ação rescisória foi interposta dentro do prazo de 02 (dois) anos, obedecendo ao requisito temporal insito no artigo 495 do Código de Processo Civil.

Quanto ao mérito, aduz basicamente o Estado autor, com fundamento no artigo 485, inciso V do CPC, que o acórdão atacado violou diversos dispositivos.

Analisa-se primeiramente, a alegação de violação à literal disposição de normas processuais.

Aduz o Estado do Ceará a violação do artigo 97 da Constituição Federal, que trata da denominada cláusula de reserva de plenário, bem como os seguintes dispositivos legais, artigos 480 e 481, ambos de nosso código adjetivo civil.

Os suso mencionados artigos, tratam basicamente do incidente de inconstitucionalidade nos Tribunais.

Embora um único juiz singular possa declarar difusamente a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público, o mesmo não ocorre nos Tribunais. Por força do artigo 97 da Carta da República, a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público somente pode ser declarada nos Tribunais mediante o voto da maioria absoluta de seus membros ou do respectivo Órgão Especial.

Segue, *in verbis*, o citado artigo 97 da CF/88:

Art. 97. Somente pelo voto da maioria absoluta de seus membros

ou dos membros do respectivo órgão especial poderão os tribunais declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público.

Verificando o relator a arguição de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo ou a possibilidade, ainda que de ofício, dessa declaração de inconstitucionalidade, deverá submeter a questão à Câmara a que couber o conhecimento do processo. Rejeitado o incidente de inconstitucionalidade, o julgamento prosseguirá. Caso seja acolhido, a matéria deverá ser submetida ao Tribunal Pleno.

Essa é a determinação dos artigos 480 e 481 do Código de Processo Civil, assim como os artigos 108, 109 e 110 do Regimento Interno desta Corte, *litteris*:

Art. 480. Argüida a inconstitucionalidade de lei ou de ato normativo do poder público, o relator, ouvido o Ministério Público, submeterá a questão à turma ou câmara, a que tocar o conhecimento do processo.

Art. 481. Se a alegação for rejeitada, prosseguirá o julgamento; se for acolhida, será lavrado o acórdão, a fim de ser submetida a questão ao tribunal pleno.

Art. 108. Argüida, incidentalmente, a inconstitucionalidade de lei ou de ato normativo do Poder Público, o Relator, ouvido o Procurador-Geral da Justiça, submeterá a questão à Turma ou Câmara a que tocar o conhecimento do processo.

Art. 109. Se a argüição for rejeitada pela Câmara, prosseguirá o julgamento; se acolhida, será lavrado o acórdão, a fim de submeter-se a questão ao Tribunal Pleno.

Parágrafo Único - Proferido o julgamento pelo Tribunal Pleno e publicado o respectivo acórdão, serão os autos devolvidos à Turma ou Câmara para apreciar o caso, de acordo com a decisão declaratória ou negatória de inconstitucionalidade.

Art. 110. Somente pelo voto da maioria absoluta de seus membros, poderá o Tribunal declarar a inconstitucionalidade de lei ou de ato normativo do Poder Público.

Contudo, saliente-se que a doutrina e a jurisprudência apontam exceções à regra da reserva de plenário para a declaração de inconstitucionalidade nos tribunais. Elencam hipóteses em que a declaração de inconstitucionalidade

não precisa passar pelo plenário da corte. Basicamente, são duas as exceções: quando o Tribunal, através de seu órgão plenário já declarou a inconstitucionalidade da lei ou ato normativo impugnado, ou quando o Plenário do Supremo Tribunal Federal já o tiver feito.

Nos presentes autos, vislumbra-se clara ofensa aos supra citados dispositivos legais e constitucionais, pois o eminente relator do acórdão rescindendo não suscitou o incidente de inconstitucionalidade, não levando o feito ao Plenário desta casa, procedendo-se o órgão fracionário à declaração de inconstitucionalidade das normas já mencionadas.

Como já dito acima, os órgãos fracionários dos tribunais não podem declarar a inconstitucionalidade de lei ou de ato normativo do Poder Público. Devem observar o procedimento dos artigos 480 e 481 do Código de Processo Civil e artigos 108, 109 e 110 do Regimento Interno do TJ/CE, consoante dispõe o artigo 97 da Carta da República.

Saliente-se, por oportuno, que o caso não se enquadra nas exceções também já mencionadas acima, não havendo menção no acórdão rescindendo de qualquer declaração de inconstitucionalidade por parte do STF ou do Plenário do TJ/CE acerca da matéria objeto da causa originária.

Observa-se, pois, que a matéria necessita de um novo julgamento, que se fará em seguida, na análise da violação das normas de cunho material.

Em relação à alegativa de violação à literal disposição de normas de caráter material, embora não haja a necessidade de sua análise face ao vício anteriormente constatado, mas como tal alegativa se confunde com o próprio mérito da ação originária, sua análise far-se-á simultaneamente com o novo julgamento de mérito do feito.

Conquanto o julgamento pretérito tenha sido no sentido de se declarar a inconstitucionalidade *incidenter tantum* dos atos normativos que autorizavam o recolhimento antecipado do ICMS, fundamentado na substituição tributária “para frente”, não é esse o entendimento, tanto no Supremo Tribunal Federal, como neste Egrégio Tribunal de Justiça, senão veja-se:

A Constituição Federal de 1988, ao dispor sobre o ICMS, em seu art. 155, XII, “a” e “b” novamente delegou à lei complementar a definição de contribuinte e a disciplina da matéria alusiva à substituição tributária; no art. 34, § 8º do seu ADCT permitiu aos Estados e ao Distrito Federal, mediante convênio, fixarem normas para regular provisoriamente a matéria, se no prazo estabelecido nas suas disposições não fosse editada a necessária lei complementar para a instituição do imposto. Ante esse vácuo legislativo e em face

da permissão conferida pelo legislador constituinte, os Estados e o Distrito Federal firmaram o Convênio nº 66/88, complementado pelo Convênio nº 107/89 no que se refere à substituição tributária. O art. 25 do Convênio ICM nº 66, de 14 de dezembro de 1988, que é norma geral de direito tributário que em caráter excepcional e por força do disposto no § 8º do art. 34 do ADCT atua como lei complementar, assim preconiza a respeito da substituição tributária: “Art. 25. A lei poderá atribuir a condição de substituto tributário a: I – industrial, comerciante ou outra categoria de contribuinte, pelo pagamento do imposto devido na operação ou operações anteriores; II – produtor, extrator, gerador, inclusive de energia elétrica, industrial, distribuidor, comerciante ou transportador, pelo pagamento do imposto devido nas operações subsequentes.” Infere-se, daí, que a lei estadual poderá instituir duas modalidades de substituição tributária: 1ª) substituição regressiva – quando o industrial adquire mercadoria para industrialização e, como substituto, recolhe o ICMS devido pelo contribuinte-substituído (art. 25, I). Nesta hipótese, o industrial substitui o operador econômico que se situa no estágio inicial do processo circulatório, donde se conclui que o Fisco recebe o tributo com atraso, ou seja, em momento mais avançado do ciclo produtivo-distributivo: diferimento do imposto.

2ª) substituição progressiva – o industrial ou atacadista recolhe o ICMS sobre o valor final cobrado ao consumidor e não sobre o valor da venda, hipótese em que se dá a substituição do operador econômico (varejista) que se situa em estágio mais avançado do processo circulatório – mecanismo do qual o Fisco se utiliza como antecipação de receita tributária. À vista disso, abstrai-se que a substituição tributária é a forma que melhor atende aos interesses da Fazenda Pública, pois é mais cômodo, econômico e conveniente administrativamente concentrar a imposição e a fiscalização num só sujeito passivo.

Logo, legítima é a cláusula da substituição tributária normatizada pelos Convênios nºs 66/88 e 107/89 ante a ausência da lei complementar a que se refere o art. 155, XII, “b” da Carta Federal e em virtude da permissão constitucional estabelecida no art. 34, § 8º do ADCT-CF/88. (...) Em síntese: O Código Tributário Nacional, em sua versão original, previa a hipótese de substituição tributária (art. 58, § 2º, I e II), entretanto, o Decreto-Lei nº 406/68 suprimiu

essa faculdade legal. Com o advento da nova ordem constitucional, em 05.10.1988, veio a lume a possibilidade de se criar o instituto da substituição tributária mediante lei complementar (art. 155, XII, b). Não tendo sido editada a norma complementar no prazo fixado pelo legislador constituinte, os Estados e o Distrito Federal, em face da autorização constante do art. 34, § 8º do ADCT-CF/88 e ante a lacuna verificada no Código Tributário Nacional pela superveniência do DL 406/68, firmaram os Convênios nºs 66/88 e 107/89 estabelecendo a substituição progressiva e regressiva e disciplinando provisoriamente a matéria. Assim, não há que se falar em impossibilidade jurídica da exigência antecipada do ICMS, dado que os Convênios firmados legitimamente prevêm a hipótese de substituição tributária, nem tampouco que se aventar a ausência de fato gerador para eximir-se da obrigação. (...) Concluindo, tenho como possível a antecipação da cobrança do ICMS por meio de estimativa e do denominado contribuinte substituto ou substituto legal tributário, sendo que a única exigência a operar-se é a de que a substituição se faça “ex lege” e o contribuinte substituto esteja de algum modo vinculado ao fato gerador do tributo. Tais pressupostos verificam-se na espécie, pois, ante o vácuo legislativo gerado pelo DL 406/68 que revogou o art. 58, § 2º, II do Código Tributário Nacional, os Estados e o Distrito Federal, porque não editada a lei complementar prevista no art. 155, XII, “b”, CF, em face do disposto no art. 34, § 8º do ADCT, legitimamente firmaram os Convênios nºs 66/88 e 107/89 para disciplinar a matéria. No presente caso, a concessionária está vinculada ao fato gerador porque adquiriu veículos automotores fabricados pela montadora, para revende-los ao consumidor final. Por todo o exposto, conheço do recurso extraordinário e dou-lhe provimento. Inverto o ônus da sucumbência. (RE nº 194.382-3/SP - São Paulo, Relator Min. Maurício Correia. Julgamento: 25.04.2001. Órgão Julgador: Tribunal Pleno do STF).

EMENTA: RECURSO EXTRAORDINÁRIO – LEGITIMIDADE CONSTITUCIONAL DO RECOLHIMENTO ANTECIPADO DE ICMS, SOB O REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA - DIRETRIZ JURISPRUDENCIAL FIRMADA PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL - RECURSO IMPROVIDO. - O Plenário do Supremo Tribunal Federal reconheceu a plena

legitimidade constitucional do recolhimento antecipado de ICMS, sob o regime de substituição tributária. Precedentes. (RE-AgR 226496/RJ - RIO DE JANEIRO AG.REG. NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO Relator(a): Min. CELSO DE MELLO Julgamento: 25/06/2002 Órgão Julgador: Segunda Turma do STF).

EMENTA: CONSTITUCIONAL. PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA: SUSPENSÃO. GRAVE LESÃO À ECONOMIA PÚBLICA. EFEITO MULTIPLICADOR. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA “PARA FRENTE”.

I. - O Supremo Tribunal Federal, pelo seu Plenário, julgando os RREE 213.396-SP e 194.382-SP, deu pela legitimidade constitucional, em tema de ICMS, da denominada substituição tributária “para frente”.

II. A medida liminar, nos termos em que concedida, impossibilita a Fazenda Pública de receber a antecipação do ICMS por um largo período, o que lhe causa dano, sendo ainda certo que a segurança, se concedida, a final, não resultará inócua, dado que ao contribuinte é assegurada a restituição do pagamento indevido.

III. - Necessidade de suspensão dos efeitos da liminar, tendo em vista a ocorrência do denominado “efeito multiplicador”.

IV. - Agravo não provido.

(SS-AgR 1599 / MT - MATO GROSSO. AG. REG. NA SUSPENSÃO DE SEGURANÇA, Relator(a): Min. CARLOS VELLOSO. Julgamento: 01/03/2001, Órgão Julgador: Tribunal Pleno do STF).

Ressalte-se por oportuno, importante trecho do voto-vista proferido pelo eminente Desembargador Ademar Mendes Bezerra, membro vitalício desta Corte, no julgamento do Mandado de Segurança nº 2006.0009.0101-6/0 de competência originária deste Egrégio Tribunal, *in verbis*:

Por outro lado, na situação de substituição tributária para frente, ou seja, quando o fisco cobra antecipadamente o pagamento do tributo, recolhendo o imposto antes de ocorrido o fato gerador, em razão da impossibilidade fática de se determinar, no momento do recolhimento do tributo, porquanto será vendida a mercadoria

futuramente, sem dúvida está autorizado a presumir o valor da transação comercial que será a base de cálculo do tributo. Isto é constitucional e pacífico desde o julgamento da ADI nº 1851-4, quando o excelso Supremo Tribunal Federal declarou a constitucionalidade da Emenda Constitucional nº 3, a qual acrescentou o § 7º, ao artigo 150, da Constituição Federal. Entenda-se: o fisco, ao perceber a impossibilidade crescente de acompanhar toda a cadeia de transações comerciais ensejadoras de incidência do ICMS, criou a regra segundo a qual o primeiro da cadeia de circulação dos bens ou serviços será o responsável pelo pagamento do tributo. Assim, para antecipar o pagamento do tributo, hipótese, como visto, de substituição tributária para frente (onde o fato gerador ocorrerá em momento posterior), o Estado define valor presumido para a mercadoria, utilizando-se de elementos concretos da relação jurídico-tributária.

Como visto acima, a Constituição Federal de 1988, no artigo 155, inciso XII, alíneas a e b, delegou à lei complementar a disciplina da matéria relacionada à substituição tributária. No mesmo diploma constitucional, em seu Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, artigo 34, § 8º, foi autorizado aos Estados e ao Distrito Federal fixarem normas para regulamentar provisoriamente a matéria, através de convênio, enquanto não fosse editada a citada lei complementar. Em razão de tais disposições e ante a ausência de lei complementar, os Estados e o Distrito Federal firmaram os Convênios 66/88 e 107/89 disciplinando toda a questão.

Ademais, após a Emenda Constitucional 03/93, que incluiu o § 7º ao artigo 150 da CF/88, bem como do julgamento da ADI nº 1851-4, em que o Pretório Excelso declarou a constitucionalidade de referida EC, a matéria relacionada à substituição tributária para frente restou pacificada, extirpando quaisquer dúvidas.

Dado a sua importância para o tema ora tratado, transcreve-se *in verbis* o § 7º do artigo 150 da CF/88, incluído pela EC nº 03/93:

Art. 150. “omissis”

§ 7.º A lei poderá atribuir a sujeito passivo de obrigação tributária a condição de responsável pelo pagamento de imposto ou contribuição, cujo fato gerador deva ocorrer posteriormente, assegurada a imediata e preferencial restituição da quantia paga, caso não se realize o fato gerador presumido.

Portanto, à luz da farta jurisprudência e dos dispositivos constitucionais e legais acima colacionados, constata-se que a denominada substituição tributária para frente, prevista nos Convênios 66/88 e 107/89, caracterizada quando o Fisco antecipa o recolhimento do ICMS antes da ocorrência do seu fato gerador, é plenamente admitida, inclusive com o reconhecimento de sua constitucionalidade por parte da mais alta Corte deste País, o Supremo Tribunal Federal.

Logo, ante as violações a literais dispositivos de lei, quer seja de cunho processual ou material, verifica-se a necessidade de se desconstituir o acórdão rescindendo, proferindo-se novo julgamento, conforme os termos supra, no sentido de se reconhecer a legitimidade do crédito fazendário correspondente ao ICMS devido pela empresa ré, decorrente do Auto de Infração nº 0257917, materializado na Certidão de Dívida Ativa nº 02492-5.

Isto posto, Senhor Presidente, voto no sentido de dar provimento ao pedido inicial, tudo nos termos supra elencados, para desconstituir o acórdão guerreado, reconhecendo-se a improcedência dos embargos à execução aforados pela empresa acionada.

Condeno a parte vencida ao pagamento de custas e de honorários advocatícios, estes fixados em 10 % (dez por cento).

É como voto.

Fortaleza, 24 de junho de 2007.

Processo n.º: 2000.0015.0201-9/0.

Classe: Ação rescisória.

Autor: Fernando Antônio Costa Pompeu.

Réus: Mônica Albuquerque Frota;

Oswaldo Lima e Maria da Conceição Campelo Lima

Relator: Desembargador Francisco Sales Neto.

Órgão Julgador: Câmaras Reunidas.

EMENTA: AÇÃO RESCISÓRIA. PROCEDÊNCIA. SENTENÇA INVÁLIDA POR AUSÊNCIA DE CITAÇÃO DE LITISCONSORTES PASSIVOS NECESSÁRIOS. VÍCIO QUE NÃO SE CONVALIDA. NÃO INCIDÊNCIA DOS EFEITOS DA COISA JULGADA. POSSIBILIDADE DE APRECIÇÃO PELA VIA RESCISÓRIA.

A Ausência de citação é vício que atinge a formação da relação processual, comunicando-se à sentença de mérito que, embora existente, padece de invalidade, não se lhe aproveitando os efeitos da res judicata.

Ainda que inadequada, a via rescisória é hábil à cognição de vício de validade, em vista da sua gravidade, servindo de substitutivo da querela nullitatis.

A indicação equivocada do fundamento da pretensão rescisória não constitui óbice ao seu conhecimento, desde que devidamente perfilada a causa de pedir – aplicação do princípio da substanciação.

Ação Rescisória julgada procedente.

ACÓRDÃO

VISTOS, DISCUTIDOS E RELATADOS OS AUTOS DA AÇÃO RESCISÓRIA Nº 2000.0015.0201-9/0, NO QUAL SÃO PARTES AS PESSOAS SUSO NOMINADAS, ACORDA AS CÂMARAS CÍVEIS REUNIDAS DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO CEARÁ, POR UNANIMIDADE, EM JULGAR PROCEDENTE A PRESENTE POSTULAÇÃO RESCISÓRIA, NA CONFORMIDADE DO RELATÓRIO E DO VOTO PROFERIDOS PELO RELATOR, QUE PASSAM A INTEGRAR O JULGADO.

Cuidam os autos suso epigrafados de Ação Rescisória manejada pelo Sr. Fernando Antônio Costa Pompeu, colimando a rescisão da sentença prolatada nos autos do Processo nº 1999.02.09805-3, sob o fundamento da violação do preconizado art. 47, parágrafo único, do Código de Processo Civil.

Custas processuais e depósito devidamente recolhidos às fls. 50/53.

Às fls. 61, juntada da Certidão de Trânsito em julgado da sentença rescindenda, em atenção ao despacho de fls. 57/58.

Emenda da peça vestibular, por determinação do despacho de fls. 64/66, para fins de atendimento ao preconizado no art. 488, inciso I, e no art. 47, parágrafo único, ambos do Código de Processo Civil, o que foi cumprido nos termos do expediente de fl. 68 da instrução.

Contestação do Sr. Osvaldo Lima e sua consorte às fls. 81/85, pugnando pela anulação da v. sentença rescindenda, por afronta ao art. 10, § 1º, inciso I, da Lei Processual Civil.

Às fls. 87/91, contestação da Srª. Mônica Albuquerque Frota, sustentando a manutenção da sentença atacada.

Réplica às fls.114/117 ratificando a nulidade absoluta da v. sentença rescindenda.

Às fls. 121/124, pronunciamento de mérito do Órgão do Parquet, manifestando-se pela improcedência do pedido, porquanto não demonstrada a hipótese indicada no art. 485, inciso III, do Código de Processo Civil, não obstante a inadequação do pleito rescisório enquanto sucedâneo de recurso.

Pelo despacho de fls. 130, foi anunciado o julgamento antecipado da lide, vindo os autos conclusos para julgamento.

É o relatório.

Tratam os autos de Ação Rescisória manejada pelo Sr. Fernando Antônio Costa Pompeu com base no preceituado no art. 485, inciso III, do Código de Processo Civil, buscando a anulação da sentença proferida nos autos do Processo nº 1999.02.09805-3, deslindado no juízo da 15ª Vara Cível, no qual figuraram como litigantes, em sede de Ação Ordinária Anulatória de Negócio Jurídico, a Srª. Mônica Albuquerque Frota e o Sr. Osvaldo Costa.

A partir dos elementos colhidos no curso da instrução, merece guardada a pretensão autoral, senão vejamos.

Da leitura da peça exordial, evidencia-se que a pretensão rescisória em tablado funda-se na inobservância do preceituado no caput do art. 47 do Código de Processo Civil, e parágrafo único, substanciada pela ausência da citação do ora demandante e da Srª. Maria da Conceição Campelo Lima, esposa do Sr. Osvaldo Costa, os quais, pela prova adunada aos autos, não integraram o pólo passivo da ação na qual foi prolatada a r. sentença rescindenda.

Com efeito, a parte dispositiva do v. decisório interpelado, ao passo que tornou nulo o negócio jurídico realizado entre o Sr. Fernando Antônio Costa Pompeu, ora autor, e o Sr. Osvaldo Costa, decretou o retorno da propriedade do imóvel objeto da negociação à Srª. Mônica Albuquerque Frota, interferindo, assim, nas esferas intersubjetivas tanto da esposa do Sr. Osvaldo Costa, comprador do imóvel negociado, como do ora promovente, vendedor do bem mencionado, circunstância que lhes admitiria o funcionamento naquela lide na condição de litisconsortes necessários, cônsono a redação do art. 47, caput, do Código de Processo Civil.

Por tal razão, verifica-se sem maiores dificuldades que a *actio originalis* destramou-se em desalinho da legítima disciplina processual referente à regular formação do *acto trium personarum*, vez que efetivamente demonstrada a omissão do julgador no referente à formação do pólo passivo daquela demanda, na qual não foram citados todos os litisconsortes passivos necessários.

Nesta seara, importa ser considerado que a ausência de citação do litisconsorte necessário é vício que não se convalida no curso da instrução

(ressalvado o comparecimento espontâneo do litisconsorte), atingindo a própria formação da relação processual e traduzindo nulidade pleno jure a todos os atos que lhe sucedem, malferidora que é de pressuposto essencial de validade do processo.

Destarte, não tendo sido validamente consubstanciada a relação processual, igualmente não se visualiza a possibilidade da produção ulterior de ato processual juridicamente válido. Vale dizer, os atos processuais praticados sob vício de tal natureza, ainda que considerados existentes, não gozam de qualquer efeito no plano jurídico.

Nesta linha de idéias, impende ser ressaltado que a sentença prolatada sob o manto da ausência de citação do litisconsorte necessário não comporta a incidência dos efeitos da coisa julgada, singularidade que levaria à inafastável conclusão da impropriedade da via rescisória para sua desconstituição, tendo em vista que o *jus rescindens* colima justamente a ruptura dos efeitos da *res judicata*.

Entretanto, por força da gravidade do vício, doutrina do porte de Pontes de Miranda, Sálvio de Figueiredo Teixeira e Adroaldo Fabrício sustenta a possibilidade do seu conhecimento em qualquer via processual, inclusive a rescisória, a despeito de sua inadequação formal. Ovídio Baptista, citando este último autor em brilhante ensaio acerca da sobrevivência da querela nullitatis no sistema processual pátrio assinala o seguinte:

“Entre nós, o ilustre processualista e magistrado, Adroaldo Fabrício, em estudo publicado na Rev. Ajuris, versando precisamente sobre a eventual existência da querela nullitatis, proposta pelo réu revel não citado, chega a conclusão idêntica à do jurista italiano: “Subsiste em nosso direito, como último resquício da querela nullitatis insanabilis, a ação declaratória de nulidade, quer mediante embargos à execução, quer por procedimento autônomo, de competência funcional do juízo do processo original. A sobrevivência, em nosso direito, da querela nullitatis, em sua formação primitiva, restrita aos vícios da citação inicial, corresponde a uma tradição histórica, cujo acerto, na moderna conceituação da relação jurídico-processual, adquire flagrante atualidade. Na evolução do direito luso-brasileiro, a *querela nullitatis* evoluiu até os contornos atuais da ação rescisória, que limitou a antiga prescrição trintenária para o lapso quinquenal de decadência. Todos os vícios processuais, inclusive os da sentença, uma vez transitada em julgado, passaram a ser relativos, e, desde

que cobertos pela *res iudicata*, somente são apreciáveis em ação rescisória, específica à desconstituição do julgado. Um deles, porém, restou indene à transformação da querela *nullitatis* em ação rescisória: a falta de citação inicial, que permaneceu como nulidade *ipso iure*, com todo o vigor de sua conceituação absoluta de tornar insubsistente a própria sentença transitada em julgado” (Rev. *Ajuris*, vol. 42, p. 24).

Em tal caso, prossegue o jurista, “a sentença existe, mas é nula, podendo ser sua invalidade declarada mediante *querela nullitatis*, assim como pode ser rescindida segundo o art. 485, V, do CPC, ou ainda, neutralizada em sua execução pela via dos embargos do executado” (p. 29).” (SILVA, Ovídio Baptista da. Sobrevivência da *querela nullitatis*. Artigo publicado na Rev *Forense*, vol. 333)

Confirmando tal raciocínio, merece especial destaque o escólio do Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira, que assim elucida sobre o tema:

Muito embora os fundamentos da ação rescisória sejam de direito processual ou de direito substancial, não é qualquer decisão que enseja a ação rescisória, mas sim a que fere o mérito. Logo, ensejam ação rescisória a sentença de mérito (também chamada “definitiva”, por definir o mérito, a lide) e o acórdão que tenha enfrentado o mérito (CPC, art. 162).

Doutrina e jurisprudência têm mitigado em parte o rigor deste pressuposto com suporte em lição de Pontes de Miranda, segundo a qual, em que pese a rescisória não seja via própria para a declaração de nulidade não enquadrável na previsão legal, é admissível o seu manejo para que o Judiciário se pronuncie sobre o vício apreciável a qualquer momento e grau, e mesmo de ofício. No mesmo sentido, aliás, é o ensinamento de Liebman, para quem “todo e qualquer processo é adequado para constatar e declarar que um julgado meramente aparente é na realidade inexistente e de nenhum efeito”, aduzindo que “não se trata de reformar ou anular uma decisão defeituosa, função essa reservada privativamente a uma instância superior, e sim de reconhecer simplesmente como de nenhum efeito um ato juridicamente inexistente”. Destarte, ocorrendo nulidade

pleno iure ou inexistência, tem-se como admissível a rescisória para a apreciação do ato viciado. (TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. A ação rescisória no Superior Tribunal de Justiça. In: ___ Recursos no Superior Tribunal de Justiça, São Paulo: Saraiva, 1991. p. 259-282.)

Pelo que ratifica, com efeito de fecho:

“As nulas de pleno direito (pleno iure), porque inquinadas de vício insanável, a exemplo do que ocorre quando proferidas em processos onde não houve citação válida e não houve suprimento, ou quando do processo não participou litisconsorte necessário (ex.: participação do cônjuge nas ações reais imobiliárias — art. 10; ou ainda quando não verificada a regular representação do incapaz).

Embora não sujeitos à rescisória, estes atos poderão ser invalidados em ação própria, ou incidentalmente, em qualquer procedimento, e mesmo de ofício. E até em ação rescisória, pelas razões já assinaladas linhas atrás”. (idem)

Por tais premissas, infere-se que a ausência da citação do litisconsorte necessário, por conferir vício de validade à sentença de mérito, admite sua cognição em sede de ação rescisória, a qual passa a servir de substitutiva da ação declaratória de inexistência de ato jurídico.

No caso da vertente instrução, tem-se que não houve cuidado nem pela magistrada prolatora da v. sentença rescindenda nem pela Sr^a. Mônica Albuquerque Frota na aplicação de regra processual elementar, do que se conclui pela invalidade da v. sentença atacada.

Gizadas estas considerações, no que tange à indicação equivocada do fundamento jurídico norteador do pedido rescisório, como bem apontado pela ilustre Representante do Parquet, há de se considerar a adoção, no sistema processual civil pátrio, do princípio da substanciação, pelo qual o juiz deverá atentar mais aos limites objetivos indicados na causa de pedir, do que, propriamente, à apreciação jurídica a ele conferida pelo demandante.

Com efeito, leitura da peça vestibular noticia que a razão motivadora da instauração da lide derivou da violação de dispositivo literal de lei, qual seja, do art. 47 do Código Processual Civil, enquadrando-se perfeitamente na dicção do art. 485, inciso V, do referido diploma legal. À guisa de ilustração, merece

destaque o preceituado nos seguintes excertos jurisprudenciais:

“Os brocardos jurídicos *jura novit curia* e *da mihi factum, dabo tibi jus* são aplicáveis às ações rescisórias. Ao autor cumpre precisar os fatos que autorizam a concessão da providência jurídica reclamada, incumbindo ao juiz conferir-lhes o adequado enquadramento legal. Se o postulante, embora fazendo menção aos incisos III e VI do art. 485, CPC, deduz como *causae petendi* circunstâncias fáticas que encontram correspondência normativa na disciplina dos incisos V e IX, nada obsta que o julgador, atribuindo correta qualificação jurídica às razões expostas na inicial, acolha a pretensão rescisória. O que não se admite é o decreto de procedência estribado em fundamentos distintos dos alinhados na peça vestibular” (RSTJ 48/136).”

“Na rescisória, a violação a literal disposição de lei é elemento que integra a causa de pedir e como tal submete-se ao princípio da *mihi factum, dabo tibi jus* (RSTJ 47/181).”

“Erro no enquadramento legal dos fatos que servem de fundamento ao pedido. Ausência de incompatibilidade entre a ação rescisória e o princípio *jura novit curia*. Caso em que a própria narração dos fatos aponta, de modo iniludível, o dispositivo legal violado”. (STJ – 2ª Turma, Resp 7.154-SP, Rel. Min. Ilmar Galvão, j. 8.5.1991, não conheceram, v.u., DJU 3.6.1991, pág. 7.417, 1ª col., em.).”

Do que se conclui que a equivocada a configuração jurídica dada pelo autor não é razão bastante à improcedência do pedido formulado, desde que atendidos, em sua formulação objetiva, os requisitos de sua admissibilidade.

Por todo o exposto, julgo procedente o pedido, para rescindir a sentença proferida nos autos do Processo nº 1999.02.09805-3.

Condene, ainda, a Sr^a. Mônica Albuquerque Frota no pagamento de honorários advocatícios fixados em 10% sobre o valor da causa, monetariamente corrigido, nos termos do art. 20, parágrafo 4º, do Código de Processo Civil.

Custas *ex lege*. Restituição do depósito inicial (art. 494 do CPC).

É como voto.

Fortaleza/CE, 20 de novembro de 2007.

Mandado de Segurança

ter reconhecida sua nulidade.

Liminar deferida às fls. 81/82.

Notificada, a autoridade impetrada argumentou que a vedação prevista na lei eleitoral mencionada encontra-se adstrita à circunscrição da realização das eleições, acrescentando que ao Poder Judiciário não é dado imiscuir-se na discricionariedade da Secretaria da Fazenda, no que se refere à remoção de seus servidores.

Instada a manifestar-se (fls. 95/102), a douta Procuradoria Geral de Justiça opinou pela concessão da segurança.

É o relatório.

A ordem deve ser concedida.

Primeiramente, cumpre ressaltar que, como sustentado pela autoridade impetrada, a vedação constante da norma eleitoral invocada não alberga a situação narrada pelo impetrante.

É que, conforme entendimento já consolidado, tais vedações, dentre as quais a impossibilidade de se remover servidores públicos no período de três meses anteriores ao pleito, até a posse dos eleitos, encontram-se adstritas à circunscrição de realização das eleições.

Vale dizer, se as eleições são municipais, a vedação deve-se dirigir aos atos oriundos dos municípios, restritos à sua circunscrição, raciocínio esse que deve ser aplicado às demais esferas da federação.

O caso do impetrante corresponde a um ato de remoção tomado pelo Estado do Ceará em época de eleição municipal (ano de 2004), não abrangido pela referida vedação.

Tal argumento manifestado pelo impetrante, dessa forma, não pode subsistir. Entretanto, ainda assim seu ato de remoção merece ser anulado.

É que, da portaria que materializou sua remoção, não se afigura presente qualquer motivação para o ato em alusão, o que o torna nulo de pleno direito.

A motivação, apesar de não constituir um dos requisitos dos atos administrativos, é elemento que sempre deve estar presente, justificando a tomada de decisões, muitas vezes contestáveis. Nesse passo, a motivação destina-se tanto a legitimar os atos tomados pela Administração Pública, como torna menos dificultoso o controle de sua legalidade exercido pelo Poder Judiciário.

Como bem ressaltado pela autoridade impetrada, ao Poder Judiciário não é dado adentrar-se em critérios de discricionariedade, próprios da Administração Pública. Todavia, o controle judicial aqui exercido é de legalidade, dada a ausência de elemento essencial para a validade do ato contestado.

A jurisprudência bem delinea o entendimento aqui esposado:

ADMINISTRATIVO. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. SERVIDORA PÚBLICA ESTADUAL. REMOÇÃO EX OFFICIO. AUSÊNCIA DE MOTIVAÇÃO. NULIDADE DO ATO. DECISÃO MANTIDA POR SEUS PRÓPRIOS FUNDAMENTOS.

1. “O princípio da motivação possui natureza garantidora quando os atos levados a efeito pela Administração Pública atingem a seara individual dos servidores. Assim, a remoção só pode ser efetuada se motivada em razão de interesse do serviço.” (Gilson Dipp, 5.^a Turma, relator do RMS 12.856/PB, DJ de 01/07/2004.)

2. Na hipótese em apreço, o ato atacado, o qual ordenou a remoção da servidora, encontra-se desacompanhado do seu motivo justificador. Não há qualquer menção, nem mesmo sucinta, referente à causa que deu ensejo ao deslocamento. Por conseguinte, trata-se de ato eivado de nulidade por ausência de motivação. 3. Inexistindo qualquer fundamento apto a afastar as razões consideradas no julgado ora agravado, deve ser a decisão mantida por seus próprios fundamentos.

4. Agravo regimental desprovido. (AgRg no RMS 18.388/PB, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 12.12.2006, DJ 12.02.2007 p. 273).

Pelo exposto, em consonância com o parecer da douta Procuradoria Geral de Justiça, confirmo o teor da decisão liminar outrora proferida e concedo a segurança pleiteada para anular o ato de remoção do servidor/impetrante, dada a ausência de sua necessária motivação.

É como voto.

Fortaleza, 27 de março de 2008.

NR. 2005.0000.0397-4/0

MANDADO DE SEGURANÇA DE FORTALEZA

IMPETRANTE: JOSÉ RENATO TAVEIRA MARTINS

IMPETRADO: SECRETÁRIO DA FAZENDA DO ESTADO DO CEARÁ

RELATOR: DESEMBARGADOR LUIZ GERARDO DE PONTES BRÍGIDO

Mandado de segurança.

Pretensão de restituição de imposto recolhido ao Erário.

Inadequação da via eleita, eis que o writ não funciona como substitutivo de ação de cobrança, bem como não é instrumento para se pleitear pagamento de verbas anteriores à impetração.

Incidência das Súmulas 269 e 271 do STF.

Preliminar de carência de ação acolhida.

Extinção do processo sem julgamento do mérito, à míngua de interesse processual.

Decisão unânime.

Vistos, relatados e discutidos os autos acima identificados.

1 – O impetrante vem com este mandado de segurança contra ato reputado ilegal e abusivo praticado pelo Secretário da Fazenda deste Estado, que lhe negou a restituição de R\$1.041,00 (um mil e quarenta e um reais), indevidamente pago ao Fisco Estadual, é o que diz, a título de Imposto sobre Transmissão “Causa Mortis” e Doação de bem constante do espólio de seu genitor João Ferreira Martins. Alega, para tanto, que estaria isento do referido imposto, nos termos do art. 6º da Lei Estadual nº 13.417/03, que estabelece o direito a tal benefício em relação a imóvel urbano, objeto de inventário e partilha, utilizado como residência de qualquer dos herdeiros, desde que seja o único bem a ser partilhado, por onde se evidencia a lesão a direito líquido e certo reparável pelo writ.

A inicial se fez acompanhar dos documentos de fls.5 a 13.

Sem entrega de liminar, embora requestada (fls. 20).

Informações prestadas às fls. 24/34, o impetrado arguiu preliminar de carência de ação, argumentando ser incabível o presente *mandamus*, uma vez que não pode ser utilizado como sucedâneo de ação de cobrança. No mérito, nega o direito líquido e certo invocado, sustentando que a hipótese de isenção prevista na sobredita lei estadual não se coaduna com a prova dos autos, razão pela qual pugna pela denegação da segurança.

Ouvida, a PGJ opinou pelo não-conhecimento do pedido.

Dá-se por relatado.

2 – Inicialmente, cumpre analisar a preliminar de carência de ação suscitada pelo impetrado.

O impetrante busca a restituição de imposto, sob o argumento de tê-lo pago indevidamente ao Fisco Estadual.

Configura-se o writ em verdadeira ação de repetição de indébito,

ou seja, de cobrança, o que é incabível, eis que a ação mandamental não funciona como substitutiva de ação de cobrança, bem como não é via adequada para se pleitear pagamento de verbas anteriores à impetração, a teor do que já sumulado pelo Supremo Tribunal Federal, conforme se vê nos enunciados de números 269 e 271:

“Súmula 269 – O mandado de segurança não é substitutivo de ação de cobrança.”

“Súmula 271 – Concessão de mandado de segurança não produz efeitos patrimoniais, em relação a período pretérito, os quais devem ser reclamados administrativamente ou pela via judicial própria.”

A via eleita pelo impetrante se mostra, portanto, imprópria para a sua pretensão, não lhe proporcionando qualquer utilidade prática. E, nesse tocante, falta à impetração uma das condições da ação, qual seja, o interesse de agir, que, por sua vez, encontra-se correlacionado com a necessidade – utilidade – adequação da tutela jurisdicional, como lembra a esclarecedora lição de LUIZ FUX:

“Encarta-se no aspecto da *utilidade* a escolha correta do procedimento adequado à pretensão deduzida. Assim, se a parte pede em juízo uma providência de cunho petitório e utiliza o processo possessório, da narrativa de sua petição já se observa a inadequação do remédio escolhido para a proteção que pretende; por isso, é inútil aos fins pretendidos, falecendo, por conseqüência, ao autor *interesse de agir*” (in Curso de Direito Processual Civil, 2ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 2004, p. 164).

Assim, acolhe-se a preliminar argüida, para declarar o impetrante carecedor da ação e, em conseqüência, extinguir o processo sem apreciação do mérito, por falta de interesse de agir, consoante o disposto no art. 267, VI, do CPC.

3 – Do exposto, ACORDA o TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO CEARÁ, por sua composição plenária, à unanimidade, em acolher a preliminar de carência de ação e, conseqüentemente, extinguir o processo sem julgamento do mérito, à míngua de interesse processual, nos termos do voto do Relator.

Fortaleza, CE, 8 de junho de 2006.

Processo nº 2006.0013.0232-9

Mandado de Segurança com Pedido de Liminar

Impetrante: ZILAH ALCÂNTARA PINTO

Impetrados: Secretário de Educação Básica do Estado do Ceará

Relator: Desembargadora Maria Sirene de Souza Sobreira

MANDADO DE SEGURANÇA. CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. PROFESSORA DA REDE PÚBLICA ESTADUAL DE ENSINO. DIREITO À AMPLIAÇÃO DEFINITIVA DA JORNADA DE TRABALHO COM OS CONSEC-TÁRIOS REMUNERATÓRIOS DECORRENTES. PRESCRIÇÃO NORMATIVA DO ART. 1º DA LEI ESTADUAL. 13.728/06. NÃO ATENDIMENTO DE UM DOS PRESUPOSTOS LEGAIS ESPECÍFICOS. AUSÊNCIA DE DIREITO LÍQUIDO E CERTO. SEGURANÇA DENEGADA

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Mandado de Segurança nº 2006.0013.0232-9/0 ACORDA o Tribunal de Justiça do Estado do Ceará em sua composição plenária, por unanimidade, em denegar a segurança, nos termos do voto condutor a seguir transcrito.

Cuidam os autos presentes de mandado de segurança individual ajuizado por ZILAH ALCÂNTARA PINTO que contra ato perpetrado em tese pelo ILMO. SR. SECRETÁRIO DE EDUCAÇÃO BÁSICA DO ESTADO DO CEARÁ que, às razões exordiais, estaria sonogando o direito da impetrante de incorporar vantagem pessoal a seus estípidios correspondentes à ampliação funcional de sua jornada de trabalho.

Arguiu a impetrante que é professora efetiva da rede pública estadual ocupante do cargo de Professora Especialista – Nível 21 e que atualmente exerce suas funções na Escola de Ensino Fundamental e Médio Professor Joaquim Antônio Albano.

Informou que, em 03 de fevereiro de 2003, 02 de fevereiro de 2004, 21 de fevereiro de 2005 e 20 de janeiro de 2006, foi sucessivamente incluída no programa de ampliação de jornada de trabalho de 20 para 40 horas semanais em efetiva regência de classe, percebendo, em contrapartida, o acréscimo vencimental correspondente, à vista de seus extratos de pagamentos arremontados em anexo.

Com efeito, em virtude de ter sido incluída no regime de ampliação temporária antes de 31 de dezembro de 2004 e de ter permanecido

nessa condição por mais de 3 anos não consecutivos, sustentou a impetrante, na conformidade do inciso I, do art. 1º, da lei nº 13.728/06, ser possuidora do direito de optar pela ampliação definitiva de sua jornada de trabalho, com a percepção do adicional remuneratório respectivo.

Nessa linha, encaminhou requerimento administrativo à autoridade aqui apontada como coatora, mas teve seu pedido indeferido, ao argumento de que sua situação jurídica não se enquadrava na previsão legal em apreço.

Assim, sentindo-se violada em direito líquido e certo, requestou a impetrante medida liminar e, no mérito, pugnou pela concessão da segurança.

Juntou os documentos de fls. 10/36 e, posteriormente, instada a emendar a inicial, arremontou a documentação supletiva de fls. 51/80.

Às fls. 90, ordenei a notificação da ilustrada autoridade impetrada para prestar os informes de que trata o art. 7º, inciso I da Lei 1.533/51, reservando-me a apreciação do pedido liminar para após a formação do contraditório.

Vieram as informações às fls. 96/98, ocasião em que a ilustrada autoridade, invocando o argumento de que a situação jurídica da impetrante não correspondia à disciplina de quaisquer dos incisos do art. 1º da Lei 13.728/2006, requereu a denegação da liminar e o improvimento do pedido mandamental.

Autos com vistas ao Ministério Público, o Ilmo. Sr. Procurador Geral de Justiça manifestou-se pela concessão da segurança às fls. 122/125.

É o relatório.

A questão de que ora se cuida demanda uma investigação atenta acerca do histórico funcional da impetrante, no sentido de se aquilatar se a mesma faz jus à ampliação definitiva de sua carga horária de 20 (vinte) para 40 (quarenta) horas semanais, à vista de ter a mesma, na condição de professora da rede pública estadual de ensino, sido incluída em regime extraordinário de trabalho em efetiva regência de classe, antes de 31 de dezembro de 2004.

A propósito, os requisitos de tal incorporabilidade são os que taxativamente relacionados no art. 1º e incisos, da lei estadual nº 13.728/06, *in verbis*:

Art. 1º Os Professores integrantes do Grupo Ocupacional Magistério – MAG, do Quadro de Pessoal da Secretaria da Educação Básica do

Estado, que tenham ingressado na função ou no cargo efetivo até 31 de dezembro de 2003, se encontrem em pleno exercício de suas funções e sejam aprovados em avaliação de desempenho na conformidade de Decreto a ser editado pelo Chefe do Poder Executivo, poderão optar pela ampliação definitiva de sua carga horária de trabalho para 40 (quarenta) horas semanais, caso se enquadrem em uma das seguintes situações:

I - que tenham sido oficialmente incluídos, até 31 de dezembro de 2004, em regime de ampliação temporária, em efetiva regência de classe, nos termos das Leis n.º 12.268, de 23 de março de 1994, e n.º 12.502, de 31 de outubro de 1995, contando pelo menos 3 (três) anos, consecutivos ou não, nessa situação;

II - que comprovem haver trabalhado de fato, em regime de 40 (quarenta) horas aula semanais, em efetiva regência de classe, pelo período mínimo de 3 (três) anos, consecutivos ou não, até 30 de novembro de 1998, inclusive percebendo a remuneração respectiva;

III - que estejam em exercício de cargo em comissão do Núcleo Gestor das Escolas e após o mandato venham a implementar pelo menos 3 (três) anos, consecutivos ou não, em regime de ampliação temporária da carga horária de trabalho em efetiva regência de classe, dentro do prazo de 3 (três) anos e 6 (seis) meses, sob pena de decadência

Com efeito, para os fins de que ora se trata, os professores da rede pública estadual de ensino ocupantes do cargo de provimento efetivo com investidura no posto até 31/12/03 e aprovados em avaliação funcional de desempenho nos ditames legais, têm direito de optar pela ampliação definitiva de sua jornada de trabalho, desde que se enquadrem em pelo menos uma das três situações hipotéticas mencionadas em cada um dos incisos acima.

Sob tal enfoque, defendeu a impetrante ser senhora de direito líquido e certo à progressão funcional em apreço uma vez que, além de ostentar as qualidades genéricas capituladas no *caput* normativo supra, trabalhou a mesma em regime de ampliação de carga horária e em efetiva regência de classe por período superior a 3 (três) anos, sendo que foi, às suas alegativas, incluída pela primeira vez no programa aos 03 de fevereiro de 2003, nos ditames das leis estaduais n.º 12.268/94 e 12.502/95.

Pois bem. Em face das provas arregimentadas ao caderno de origem a argumentação exordial, vista de longe, parece transmitir uma idéia inexpugnável de razoabilidade. De fato, a impetrante aparentemente atendia a todas as exigências

legais para fazer jus à ampliação definitiva de sua carga horária em seu patrimônio funcional, com os consectários remuneratórios daí advindos.

Contudo, a despeito da bem lançada opinião ministerial, cujo parecer foi no sentido da concessão da segurança, ousou divergir da mesma, sob o império de uma prospecção exauriente.

Tenha-se em conta, nessa linha - como se infere de documento acostado à peça informativa e adormecido na página 103 do caderno - que a impetrante foi incluída pela primeira vez no regime temporário de horas suplementares entre 03/02/2003 e 31/12/2003. Nos anos seguintes, a autora foi novamente designada à jornada excepcional de trabalho, mas através de atos administrativos autônomos, submetendo-se à ampliação transitória, com os reflexos vencimentais igualmente temporários, em intervalos independentes.

Assim, exerceu efetiva regência de classe em regime especial de horas nos seguintes períodos, além do intertício já referenciado (03/02/2003 a 31/12/2003): (i) entre 02/03/2004 e 31/12/2004; (ii) entre 21/02/2005 e 31/12/2005 e; entre 01/02/2006 e 06/06/2006.

O que significa dizer, sob o auspício da ponderação de que cada um desses períodos deve ser analisado de maneira isolada, como resultantes de ordenações autônomas e distintas, que a impetrante, até 31/12/04 - data máxima estabelecida à inclusão em regime de ampliação de horas para fins de reinvidicação de incorporação peremptória das vantagens vencimentais correspondentes - so havia acumulado 1 ano, 10 meses e um dia de efetiva regência de classe em jornada especial de trabalho.

As inclusões da impetrante no regime de ampliação temporária ocorrida nos anos de 2005 e 2006 não podem ser contabilizadas para os fins da pretensão perseguida, à vista de que resultaram de ordenações administrativas independentes associadas à formulação de juízos autônomos de conveniência e oportunidade por parte da autoridade perpetrante.

De sorte que, as designações originariamente ocorridas após 31/12/2004 não podem, como não poderiam - em homenagem ao princípio da legalidade estrita, que se impõe ao administrador de maneira inexorável - serem levadas a efeito para os fins da ampliação funcional pretendida, sendo de boa ordem esclarecer que a inteligência legal de que trata o art. 1º, I, da lei 13.728/06, descreve uma preceituação de inteligência restritiva que, por imperativos de hermenêutica, deve ser interpretada restritivamente.

Por fim, é bom que se frise que o raciocínio em questão não trata de uma abstração voluntária ao espírito da norma jurídica paradigma. O que se impede, a título de ampliação definitiva da jornada funcional de trabalho, não é a contabilização de períodos posteriores a 31/12/2004, mas as inclusões ordenadas

originariamente sob o estatuto temporal de que se cuida, a despeito de o indigitado servidor, por força de ato administrativo autônomo, ter exercido efetiva regência de classe em regime especial de horas antes do termo final legalmente estabelecido.

Nessas condições, à vista de todo o exposto, voto pela denegação da segurança, por entender ser essa a medida escoreita e expressiva da mais lúdima justiça.

É como voto.

Fortaleza, 31 de janeiro de 2008.

Processo: 2006.0019.4644-7/0

Mandado de Segurança com Pedido de Liminar

Impetrante: HERALDO BERGMAN DO MONTE LIMA e OUTROS

Impetrado: Secretário de Administração do Estado do Ceará e Secretário da Fazenda do Estado do Ceará

Relator: Desembargadora Maria Sirene de Souza Sobreira

MANDADO DE SEGURANÇA. CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. ART. 37, XI DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. TETO REMUNERATÓRIO. PROVENTOS DE APOSENTADORIA E PENSÕES ESTATUTÁRIAS. EX-AUDITORES FISCAIS DO TESOUREO ESTADUAL CONSTITUCIONALIDADE DA APLICAÇÃO DO REDUTOR VENCIMENTAL. INCIDÊNCIA DO SUB-TETO DO PODER EXECUTIVO ESTADUAL, COM A INCLUSÃO DAS VANTAGENS DE CARÁTER PESSOAL EM SUA BASE DE CÁLCULO. PRECEDENTE DO STF. MANDADO DE SEGURANÇA Nº 24.875-DF.

1 - Num contexto de hesitação e intenso debate, O Supremo Tribunal posicionou-se sobre o tema em sede de controle incidental de constitucionalidade, por ocasião do histórico julgamento do Mandado de Segurança nº 24875-DF, pronunciando a constitucionalidade da expressão “vantagens pessoais”, constante do inciso XI do art. 37 da Carta Republicana, com redação dada pela emenda constitucional nº 41/03. Ou seja, por força da inteligência

de que se cuida, as vantagens pessoais devem ser incluídas na composição do cálculo do teto remuneratório.

2 – A única exceção a essa regra foi reconhecida em favor exclusivamente dos impetrantes da famigerada ação mandamental 24.875-DF, de continuarem percebendo, além-teto, apenas o acréscimo de 20% (vinte por cento) sobre seus proventos, em virtude de serem os mesmos beneficiários, na condição de magistrados, da ultra-atividade do art. 184 da Lei 1.711/52.

3 – No que diz respeito ao termo inicial da aplicação do teto a lei 11.143/2005 – que fixou o subsídio dos Ministros do STF - há de representar o divisor de águas entre a exclusão e a inclusão dogmática das chamadas vantagens pessoais da órbita de cálculo do limite remuneratório.

4 – Acerca do específico limite que se aplica à categoria em questão, tenho que os servidores públicos da Secretaria da Fazenda, como era o caso dos impetrantes, estão sujeitos aos sub-teto do poder executivo estadual, correspondente ao subsídio do Deputado Estadual.

5 - Tenha-se, a esse respeito, que o regime de teto remuneratório, além dos princípios da legalidade, da moralidade e da razoabilidade, informa-se diretamente pela sistemática do pacto federativo e da separação das funções precípuas do estado.

6 - O estabelecimento de tetos diferenciados para União, Estados e Municípios constitui um reflexo prático das implicações dogmáticas do federalismo. Ao passo em que a existência de um sub-teto específico para cada um dos três poderes resulta manifestamente do imperativo de se garantir a sustentabilidade constitucional, assentada no equilíbrio e na harmonia entre executivo, legislativo e judiciário. Pensar de modo diverso, no sentido de admitir a aplicação de um teto único para cada ente - a pretexto de se buscar uma interpretação que amenize a aparente aridez da política de adequação vencimental - é subverter os postulados constitucionais que sedimentam os preceptivos jurídicos de que ora se cuida, esvaziando seu significado político e abstraindo sua sublime e indispensável importância para o funcionamento estrutural do Estado. De qualquer maneira, tem-se por imperioso esclarecer que a medida liminar ordenada nos autos da ADIN 3854-1/DF – que vem sendo equivocadamente interpretada e prodigalizada no horizonte de uma aplicação mais abrangente - não desposou entendimento diverso,

nem autorizou qualquer inteligência mais ampliativa. Na verdade, o que se consignou, por ocasião, foi que as normas do CNJ (Resoluções 13 e 14) - que estabeleceram tetos diferenciados para as justiças federal e estadual - feriam os princípios da razoabilidade e da isonomia. Às impressões do dito decisório, não havia motivos para a aludida discriminação, em virtude do caráter nacional da instituição Poder Judiciário.

7 - E, finalmente, no que diz respeito à alegação de que as parcelas efetivamente glosadas dos rendimentos dos impetrantes deveriam ser excluídas do cálculo do teto, nos ditames do § 11º, do art. 37 da Constituição, por constituírem verbas de caráter indenizatório, não há que se confundir, a esse respeito, verbas indenizatórias com vantagens *propter personae*. Estas, que podem assumir o caráter de recompensa, ou de incentivo, são concedida ao servidor - aderindo aos seus vencimentos - em virtude da consumação de um fato que a própria lei subjacente capitulou como determinante à sua percepção. Ao passo em que aquelas, de índole meramente reparatória, que a sistemática jurídica nacional classifica apenas em duas espécies - diárias e ajudas de custo - são verbas suplementares cujo objetivo é o de ressarcir o servidor de eventuais despesas a que seja ou tenha sido o mesmo obrigado em razão do serviço. A par de tal esclarecimento, observo que nenhuma das parcelas vencimentais efetivamente glosadas para efeito de adequação dos rendimentos dos impetrantes ao novo paradigma constitucional inaugurado pela emenda nº 41/03 possui características que lhes possam identificar como parcelas de índole indenizatória, no sentido de franquear-lhes, na conformidade do art. 37, § 11º da Carta Republicana, instituído pela emenda nº 47/05, sua malsinada exclusão da base de cômputo do sub-teto máximo de estipêndios do Poder Executivo Estadual.

8 - Segurança denegada.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Mandado de Segurança nº 2006.0019.4644-7/0 ACORDA o Tribunal de Justiça do Estado do Ceará em sua composição plenária, por unanimidade, em denegar a segurança, nos termos do voto condutor a seguir transcrito.

Cuidam os autos de mandado de segurança impetrado em face de ato supostamente coator editado em conjunto pelo SECRETÁRIO DE ADMINISTRAÇÃO DO ESTADO DO CEARÁ e pelo SECRETÁRIO DA FAZENDA DO ESTADO DO CEARÁ que determinaram, para efeito de

incidência do sub-teto remuneratório do poder executivo estadual previsto no art. 37, XI da Constituição Federal, a inclusão de vantagens pessoais incorporadas aos proventos de aposentadoria dos impetrantes. Arguiram os mesmos, em síntese:

1) que são todos servidores públicos estaduais aposentados e que, quando em atividade, eram lotados na Secretaria Estadual da Fazenda – SEFAZ, cujo afastamento do serviço público é anterior ao ano de 1998, quando já atendiam às condições mínimas de aposentação, na forma do art. 153, da Lei 9.826/74;

2) que, mensalmente, ao perceberem sua vên sofrendo uma drástica subtração remuneratória, cuja parcela de desconto é intitulada “REM MÁXIMA”, dedução essa como resultante da aplicação pelas autoridades supostamente coatoras do chamado *sub-teto* de remuneração, então fixado em R\$ 9.691,61 (nove mil seiscentos e noventa e um reais e sessenta e um centavos).

3) que, além desse aludido mecanismo de redução vencimental, uma outra forma de decesso remuneratório lhes foi impingida, desta feita, com a supressão do acréscimo remuneratório da espécie PDF – “PRÊMIO POR DESEMPENHO FISCAL – PDF”, instituído pela lei estadual 13.439/04 e regulamentada pelo Decreto Executivo nº 27.439/04;

4) que os critério utilizado pelas autoridades impetradas para fazerem incidir o *sub-teto* de remuneração do serviço público no âmbito do Poder Executivo do Estado do Ceará, fere-lhes direito líquido e certo, eis que ignora a intangibilidade das situações jurídicas já consolidadas no tempo e vulnera princípios constitucionais basilares, notadamente, os da segurança jurídica e da irredutibilidade dos vencimentos, assegurados, respectivamente, nos artigos 5º, XXXVI e 37, XV, da Constituição Federal de 1988.

Em face de tais ponderações, requestaram medida liminar no sentido de que seus proventos voltassem a ser pagos integralmente, com a exclusão das vantagens pessoais pecuniárias do cômputo do sub-teto remuneratório e, em pleito sucessivo, na hipótese de entendimento diverso, mas ainda em sede de liminar, que a medida de urgência os assegurasse à percepção integral de seus proventos, como antes das subtrações cotejadas, até que o montante de suas respectivas remunerações viesse a ser alcançado pelo valor nominal evolutivo do sub-teto fixado no âmbito do Poder Executivo Estadual.

Ao fim, pugnaram pela definitiva concessão da segurança com o julgamento procedente da presente ação mandamental, para o fim de tornar definitiva a eventual medida liminar concedida na forma de seu pedido principal, ou seja, com a exclusão definitiva das parcelas remuneratórias

relativas às suas vantagens pessoais, da esfera de incidência do cálculo do sub-teto vencimental.

À inicial, juntaram os documento de fls.33/169

Liminar negada às fls. 174/176

Às fls. 184/199, prestaram informações os Secretários da Fazenda e da Administração do Estado, ocasião em que requereram a denegação da segurança.

O Ministério Público, às fls. 201/208, opinou pela concessão da segurança.

É o relatório.

VOTO

Para os fins de uma prospecção exauriente, em face das considerações explanadas por cada uma das partes em confronto, tenho como ponto de recalcitrância, para efeito de destrepe da lide mandamental de que ora se cogita aferir e esclarecer se, à impetrante, é possível a invocação do princípio da segurança jurídica como base de argumentação para não ter os seus estipêndios – acrescidos de supostas vantagens de caráter pessoal - sujeitados ao novo regime de teto remuneratório do serviço público, instituído no ordenamento constitucional pela emenda nº 41/2003.

A propósito, por entender que a matéria impõe uma exegese sistemática e histórica dos sucessivos regimes de remuneração do serviço público, cuida-me, de início, referenciar a disciplina textual ilustrativa da redação original do art. 37, XI da Constituição de 1988, antes das alterações ensejadas pela ação constituinte derivada decorrente das emendas n.º 19/98 e 41/2003:

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

...

XI - a lei fixará o limite máximo e a relação de valores entre a maior e a menor remuneração dos servidores públicos, observados, como limites máximos e no âmbito dos respectivos Poderes, os valores percebidos como remuneração, em espécie, a qualquer título, por membros do Congresso Nacional, Ministros de Estado e Ministros do Supremo Tribunal Federal e seus correspondentes nos Estados, no Distrito Federal e nos Territórios, e, nos Municípios, os

valores percebidos como remuneração, em espécie, pelo Prefeito;

Em nível de preceituação inaugural, a Constituição reservou à lei a fixação dos limites máximos e mínimos de remuneração do serviço público, estabelecendo como parâmetros em cada uma das esferas de poder – executivo, legislativo e judiciário, nessa ordem - os vencimentos dos ministros de estado, dos parlamentares membros do Congresso Nacional e dos ministros do Supremo Tribunal Federal, respectivamente e seus correspondentes nos âmbitos estadual, municipal e distrital.

Dez anos depois, resguardadas as situações jurídicas consolidadas até então, a primeira das reformas administrativas, conduzida pela Emenda Constitucional nº 19, impôs consideráveis alterações ao inciso XI, do art. 37 que, por tal ensejo, passou a vigor com a seguinte redação:

XI - a remuneração e o subsídio dos ocupantes de cargos, funções e empregos públicos da administração direta, autárquica e fundacional, dos membros de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, dos detentores de mandato eletivo e dos demais agentes políticos e os proventos, pensões ou outra espécie remuneratória, percebidos cumulativamente ou não, incluídas as vantagens pessoais ou de qualquer outra natureza, não poderão exceder o subsídio mensal, em espécie, dos Ministros do Supremo Tribunal Federal;

A nova orientação, a seu turno, traduzia uma norma de eficácia diferida, uma vez que sua aplicabilidade sujeitava-se à ação positiva do legislador infra-constituente, a quem incumbia, para fins de efetivar o comando constitucional em alusão, editar uma lei complementar de iniciativa conjunta do Presidente da República, dos Presidentes do Senado e da Câmara Federal e do Presidente do Egrégio Supremo Tribunal Federal.

À vista de inúmeras divergências entre os líderes políticos em enfoque e, a despeito das várias tentativas frustradas de se pôr em prática o novo regime de teto vencimental do serviço público, em deliberação plenária regimental – sob os olhos de uma crítica veemente, que obtemperava a legitimidade e a constitucionalidade da ação em cotejo - o STF, por 7 votos a 4, vencidos os Ministros Sepúlveda Pertence, Carlos Velloso, Marco Aurélio e Ilmar Galvão, pacificou o entendimento de que o regime de subsídio fixado pela EC nº 19/98 somente entraria em vigor com a edição de lei de iniciativa conjunta do Presidente da República, do Presidente do Senado Federal, do

Presidente da Câmara de Deputados e do Presidente do STF e que, até a edição da norma definidora do regime de subsídio, manter-se-ia a aplicação de um teto para cada esfera de Poder, excluídas as vantagens pessoais, na esteira da originária redação do texto constitucional.

A seu turno, a EC nº 41, em vigor desde 19 de dezembro de 2003, modificou novamente, nos termos seguintes, o art. 37, inc. XI, da Constituição Federal, fixando como teto remuneratório do serviço público a maior remuneração atribuída por lei a Ministro do STF e, como sub-tetos, o subsídio dos Prefeitos, no âmbito do Poder Executivo Municipal; dos Governadores, na esfera do Poder Executivo Estadual; dos Deputados Estaduais e Distritais, no contexto do Poder Legislativo; e, por fim, dos Desembargadores, balizando a remuneração do Poder Judiciário local.

XI – a remuneração e o subsídio dos ocupantes de cargos, funções e empregos públicos da administração direta, autárquica e fundacional, dos membros de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, dos detentores de mandato eletivo e dos demais agentes políticos e os proventos, pensões ou outra espécie remuneratória, percebidos cumulativamente ou não, incluídas as vantagens pessoais ou de qualquer outra natureza, não poderão exceder o subsídio mensal, em espécie, dos Ministros do Supremo Tribunal Federal, aplicando-se como limite, nos Municípios, o subsídio do Prefeito, e nos Estados e no Distrito Federal, o subsídio mensal do Governador no âmbito do Poder Executivo, o subsídio dos Deputados Estaduais e Distritais no âmbito do Poder Legislativo e o subsídio dos Desembargadores do Tribunal de Justiça, limitado a noventa inteiros e vinte e cinco centésimos por cento do subsídio mensal, em espécie, dos Ministros do Supremo Tribunal Federal, no âmbito do Poder Judiciário, aplicável este limite aos membros do Ministério Público, aos Procuradores e Defensores Públicos;

Além de alterar a redação do art. 37, a emenda sobredita introduziu outras duas modificações importantes em relação ao regime de remuneração do servidor público: a uma, concentrou nas mãos do STF a deflagração do processo legislativo para a fixação dos subsídios de seus ministros; e, a duas, definiu que, na pendência da edição legiferante em tablado, o teto máximo de remuneração do serviço público seria o maior subsídio então atribuído a um Ministro do Supremo Tribunal Federal.

Sob tal enfoque, aos 26/07/2005, foi editada a Lei 11.143/2005, fixando o subsídio dos Ministros do STF em R\$ 24.500,00 (vinte e quatro mil e quinhentos reais). Em linhas decorrenciais, estados e municípios definiram seus respectivos sub-tetos, em harmonia com os ditames sugerido no próprio texto vigente do inciso XI do art. 37 da Carta Republicana. Mas a aplicabilidade prática de tais diretrizes esbarrou num questionamento fundamental, assentado na preocupação dos intérpretes de conciliar a nova política de limitação remuneratória, com as situações jurídicas consolidadas sob plexo normativo anterior.

Num contexto de hesitação e intenso debate, O Supremo Tribunal posicionou-se sobre o tema em sede de controle incidental de constitucionalidade, por ocasião do histórico julgamento do Mandado de Segurança nº 24875-1. Impetrado por quatro ministros aposentados da própria Suprema Corte sustentaram os mesmos sua particular imunidade ao regime de teto vencimental, argumentando que as parcelas exorbitantes efetivamente glosadas de seus estípidios referiam-se a vantagens pessoais legitimamente incorporadas ao seu patrimônio, que não poderiam – sob o amparo dos princípios da segurança jurídica e da irredutibilidade de vencimentos – experimentar os efeitos de uma alteração normativa superveniente.

No caso concreto, o ministro relator Supúlveda Pertence, no que foi acompanhado pelos Ministros Gilmar Mendes, Ellen Gracie, Celso de Melo e Marco Aurélio Melo (este deferindo a segurança em sua plenitude), votou pela concessão parcial da segurança assegurando aos impetrantes o direito de perceber o acréscimo sobre seus proventos até que seu montante fosse absorvido pelo teto de remuneração. Em favor da denegação da ordem, votaram os ministros Joaquim Barbosa, Eros Grau, Cezar Pelluzo e Carlos Brito. O julgamento ficou então sobrestado até o voto de desempate do Eminentíssimo Ministro Ricardo Lewandowski, do qual extraí o seguinte excerto:

A conciliação da situação dos impetrantes com a nova ordem constitucional, há de fazer-se sob o prisma da irredutibilidade dos vencimentos, tradicional garantia dos magistrados – estendida pelo STF também aos proventos que repele a idéia de decurso remuneratório. Nessa linha, o Supremo tem decidido que o valor nominal da remuneração percebida pelo servidor, sob a égide de determinado plexo normativo, não pode sofrer diminuição, sob pena de vulnerar situação juridicamente estável, imune à alteração legislativa posterior.

Convém sublinhar, porém, que a jurisprudência desta Corte apenas

assegura a percepção do montante global dos vencimentos ou proventos, e não a manutenção de percentuais que integram seu cálculo, porque não se pode admitir que uma situação jurídica derivada de regime remuneratório que não mais subsiste venha a perpetuar-se no tempo, em permanente contradição com o regramento normativo superveniente.

A partir dessas reflexões, e sempre no intuito de alcançar solução que melhor posa conciliar os princípios da boa-fé e da segurança jurídica com o limite remuneratório estabelecido na EC 41/2003, é que acompanho o Relator Ministro Sepúlveda Pertence, para conceder parcialmente a segurança, assegurando aos impetrantes o direito de continuar recebendo o acréscimo sobre seus proventos até que seu montante seja coberto pelo subsídio fixado em lei para os Ministros do Supremo Tribunal Federal.

Finalmente, o julgamento restou assim ementado, em acórdão prolatado pelo Eminentíssimo Ministro Sepúlveda Pertence, signatário do voto vencedor:

EMENTA: I. Ministros aposentados do Supremo Tribunal Federal: proventos (subsídios): teto remuneratório: pretensão de imunidade à incidência do teto sobre o adicional por tempo de serviço (ATS), no percentual máximo de 35% e sobre o acréscimo de 20% a que se refere o art. 184, III, da Lei 1711/52, combinado com o art. 250 da L. 8.112/90: mandado de segurança deferido, em parte.

II. Controle incidente de constitucionalidade e o papel do Supremo Tribunal Federal. Ainda que não seja essencial à decisão da causa ou que a declaração de ilegitimidade constitucional não aproveite à parte suscitante, não pode o Tribunal - dado o seu papel de “guarda da Constituição” - se furtar a enfrentar o problema de constitucionalidade suscitado incidentemente (v.g. SE 5.206-AgR, 8.5.97, Pertence, RTJ 190/908; Inq 1915, 05.08.2004, Pertence, DJ 05.08.2004; RE 102.553, 21.8.86, Rezek, DJ 13.02.87).

III. Mandado de segurança: possibilidade jurídica do pedido: viabilidade do controle da constitucionalidade formal ou material das emendas à Constituição.

IV. Magistrados. Subsídios, adicional por tempo de serviço e o teto do subsídio ou dos proventos, após a EC 41/2003: arguição de inconstitucionalidade, por alegada irrazoabilidade da consideração

do adicional por tempo de serviço quer na apuração do teto (EC 41/03, art. 8º), quer na das remunerações a ele sujeitas (art. 37, XI, CF, cf EC 41/2003): rejeição.

1. Com relação a emendas constitucionais, o parâmetro de aferição de sua constitucionalidade é estreitíssimo, adstrito às limitações materiais, explícitas ou implícitas, que a Constituição imponha indubitavelmente ao mais eminente dos poderes instituídos, qual seja o órgão de sua própria reforma.

2. Nem da interpretação mais generosa das chamadas “cláusulas pétreas” poderia resultar que um juízo de eventuais inconveniências se convertesse em declaração de inconstitucionalidade da emenda constitucional que submeta certa vantagem funcional ao teto constitucional de vencimentos.

3. No tocante à magistratura - independentemente de cuidar-se de uma emenda constitucional - a extinção da vantagem, decorrente da instituição do subsídio em “parcela única”, a nenhum magistrado pode ter acarretado prejuízo financeiro indevido.

4. Por força do art. 65, VIII, da LOMAN (LC 35/79), desde sua edição, o adicional cogitado estava limitado a 35% calculados sobre o vencimento e a representação mensal (LOMAN, Art. 65, § 1º), sendo que, em razão do teto constitucional primitivo estabelecido para todos os membros do Judiciário, nenhum deles poderia receber, a título de ATS, montante superior ao que percebido por Ministro do Supremo Tribunal Federal, com o mesmo tempo de serviço (cf. voto do Ministro Néri da Silveira, na ADIn 14, RTJ 130/475,483).

5. Se assim é - e dada a determinação do art. 8º da EC 41/03, de que, na apuração do “valor da maior remuneração atribuída por lei (...) a Ministro do Supremo Tribunal Federal”, para fixar o teto conforme o novo art. 37, XI, da Constituição, ao vencimento e à representação do cargo, se somasse a “parcela recebida em razão do tempo de serviço” - é patente que, dessa apuração e da sua aplicação como teto dos subsídios ou proventos de todos os magistrados, não pode ter resultado prejuízo indevido no tocante ao adicional questionado.

6. É da jurisprudência do Supremo Tribunal que não pode o agente público opor, à guisa de direito adquirido, a pretensão de manter determinada fórmula de composição de sua remuneração total, se, da alteração, não decorre a redução dela.

7. Se dessa forma se firmou quanto a normas infraconstitucionais, o mesmo se há de entender, no caso, em relação à emenda

constitucional, na qual os preceitos impugnados, se efetivamente aboliram o adicional por tempo de serviço na remuneração dos magistrados e servidores pagos mediante subsídio, é que neste - o subsídio - foi absorvido o valor da vantagem.

8. Não procede, quanto ao ATS, a alegada ofensa ao princípio da isonomia, já que, para ser acolhida, a arguição pressuporia que a Constituição mesma tivesse erigido o maior ou menor tempo de serviço em fator compulsório do tratamento remuneratório dos servidores, o que não ocorre, pois o adicional correspondente não resulta da Constituição, que apenas o admite - mas, sim, de preceitos infraconstitucionais. V. Magistrados: acréscimo de 20% sobre os proventos da aposentadoria (Art. 184, III, da L. 1.711/52, c/c o art. 250 da L. 8.112/90) e o teto constitucional após a EC 41/2003: garantia constitucional de irredutibilidade de vencimentos: intangibilidade.

1. Não obstante cuidar-se de vantagem que não substantiva direito adquirido de estatura constitucional, razão por que, após a EC 41/2003, não seria possível assegurar sua percepção indefinida no tempo, fora ou além do teto a todos submetido, aos impetrantes, porque magistrados, a Constituição assegurou diretamente o direito à irredutibilidade de vencimentos - modalidade qualificada de direito adquirido, oponível às emendas constitucionais mesmas.

2. Ainda que, em tese, se considerasse susceptível de sofrer dispensa específica pelo poder de reforma constitucional, haveria de reclamar para tanto norma expressa e inequívoca, a que não se presta o art. 9º da EC 41/03, pois o art. 17 ADCT, a que se reporta, é norma referida ao momento inicial de vigência da Constituição de 1988, no qual incidu e, neste momento, pelo fato mesmo de incidir, teve extinta a sua eficácia; de qualquer sorte, é mais que duvidosa a sua compatibilidade com a “cláusula pétrea” de indenidade dos direitos e garantias fundamentais outorgados pela Constituição de 1988, recebida como ato constituinte originário.

3. Os impetrantes - sob o pálio da garantia da irredutibilidade de vencimentos -, têm direito a continuar percebendo o acréscimo de 20% sobre os proventos, até que seu montante seja absorvido pelo subsídio fixado em lei para o Ministro do Supremo Tribunal Federal. VI. Mandado de segurança contra ato do Presidente do Supremo Tribunal: questões de ordem decididas no sentido de não incidência, no caso, do disposto no artigo 205, parágrafo único e inciso II, do

RISTF, que têm em vista hipótese de impedimento do Presidente do Supremo Tribunal, não ocorrente no caso concreto.

1. O disposto no parágrafo único do art. 205 do RISTF só se aplica ao Ministro-Presidente que tenha praticado o ato impugnado e não ao posterior ocupante da Presidência. 2. De outro lado, o inciso II do parágrafo único do art. 205 do RISTF prevê hipótese excepcional, qual seja, aquela em que, estando impedido o presidente do STF, porque autor do ato impugnado, o Tribunal funciona com número par, não sendo possível solver o empate

Ao que se depreende do venerando acórdão em epígrafe, resultante da média judicial de todos os votos pronunciados, a Suprema Corte declarou incidentalmente constitucional a expressão “vantagens pessoais”, contida na redação do art. 37, XVI da Carta Republicana, alterada pela emenda constitucional nº 41, sendo de boa ordem esclarecer que, por força da interpretação textual em epígrafe, essas ditas vantagens pessoais, incluem-se na base de cálculo do famigerado teto remuneratório.

De qualquer maneira, o debate em torno da questão em deslinde não arrefeceu com o julgamento da ação mandamental de que se cuida. Muito pelo contrário, o que se assistiu na seqüência foi uma enorme dificuldade se compreender o verdadeiro alcance hermenêutico de tal entendimento, acompanhada de um inusitado desfile de opiniões e teses jurídicas inconciliáveis entre si, que tinham por escopo descortinar o real sentido da interpretação judiciosa afigurada.

Não foram poucos os juízes e operadores do direito que, diante de uma suposta hesitação do Supremo, fizeram uso de uma interpretação equivocada do julgado, influenciados, sobretudo, pelo fato de que o próprio acórdão *sub examinem* adotou o critério da irredutibilidade de vencimentos como fator de moderação entre a eficácia imediata do dispositivo impugnado e as situações jurídicas derivadas de regimes jurídicos anteriores.

Poder-se-ia, a partir de uma avaliação menos cuidadosa, cogitar que o voto de desempate do Ministro Ricardo Lewandowski sugeriu uma solução mais ampliativa, no sentido de autorizar a percepção de toda e qualquer vantagem pessoal incorporada antes da Emenda 41/03, até que seu montante viesse a ser absorvido pelo teto remuneratório.

Contudo, na parte dispositiva de sua manifestação o Eminentíssimo julgador, ao arrimo dos fundamentos ali invocados, concedeu a segurança em parte para assegurar àqueles postulantes o direito de perceberem supletiva e excepcionalmente apenas o *acréscimo sobre seus proventos*. Pelo que se pode

facilmente concluir que, ao referir-se ao “*acrécimo sobre os proventos*” Na forma singular, o signatário do aludido voto, em verdade, estava se reportando, sim, à espécie vencimental de que trata o art. 184, da lei 1.711/52, e não, ao gênero “*vantagens pessoais*”, como se chegou a pensar num primeiro momento.

Inolvidável, nesse compasso, o fato de que a declaração de constitucionalidade da expressão “*vantagens pessoais*” se operou no plano meramente incidental. A propósito, os então impetrantes daquele mandado de segurança pretendiam, ao amparo de uma argüição oblíqua de inconstitucionalidade do mesmo vocábulo excluir todos os seus acréscimos remuneratórios *proptem personae* da base de cálculo do teto remuneratório instituído pela emenda nº 41/03.

De tal modo que, não cabia ao Supremo, no caso, promover um controle genérico da constitucionalidade do impugnado dispositivo. Mas, sim, dirimi-lo sob a ótica particular e concreta da causa que então se tinha. Nessa ordem, o entendimento que se evidenciou foi no sentido de que as vantagens pessoais se incluem no cálculo do limite máximo de remuneração, sendo que, a única exceção à regra foi reconhecida em favor exclusivamente dos impetrantes da famigerada ação mandamental 24.875-DF, de continuarem percebendo, além-teto, apenas o acréscimo de 20% (vinte por cento) sobre seus proventos, em virtude de serem os mesmos beneficiários da ultra-atividade do art. 184 da Lei 1.711/52.

Nesse sentido, a própria Suprema Corte, em julgamentos posteriores, cuidou de esclarecer a questão e delimitar o alcance material da decisão proferida no Mandado de Segurança nº 24.875-DF, como se vê dos ilustrativo ementário a seguir:

EMENTA: AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. TETO REMUNERATÓRIO. EC 41/03. VANTAGENS PESSOAIS. INCLUSÃO.

- 1. As vantagens pessoais incluem-se no cálculo do teto remuneratório, como dispõe o artigo 37, XI, da Constituição do Brasil, com a redação que lhe foi conferida pela EC 41/03.**
- 2. Agravo regimental a que se nega provimento (RE-AgR – Agravo Regimental no Recurso Especial. Processo nº 477.447-MG – Rel. Ministro Eros Grau. DJ: 24/10/2006)**

Mas a cultura da irredutibilidade de vencimentos ainda suscitou uma polêmica residual acessória, no que pertine à auto-aplicabilidade do art. 8º da Emenda Constitucional nº 41/03, inclusive sobre os indivíduos refugiados no assento de pretensos direitos adquiridos. A esse respeito, três ponderações

merecem especial destaque:

A primeira delas refere-se ao fato de que o inciso XVI da Constituição Federal, também com redação dada pela Emenda 41/03, excepcionou expressamente a irredutibilidade de vencimentos para efeito de adequação remuneratória aos paradigmas constitucionais vigentes. Ou seja, a aplicação da política de teto não conhece, no princípio geral de direito de que ora se cuida, um obstáculo jurídico propriamente intransponível.

Já no que tange à segunda assertiva, reitere-se que o Pretório Excelso, em sessão administrativa ocorrida em 24/06/1998, respondendo à consulta formulada pelos Chefes das duas casas legislativas federais, consignou que a aplicação do teto remuneratório de que tratava, à época, a Emenda nº 19/98, deveria aguardar a edição do diploma normativo que fixasse o Subsídio dos Ministros do Supremo Tribunal Federal, o que ocorreu, mais de sete anos depois, aos 27/07/2005, com o advento da lei 11.143/2005.

E por fim, a título de uma terceira e última premissa, parece-me que o Supremo, por ocasião do mesmo famigerado mandado de segurança 24.875, orientou-se na direção de que o teto remuneratório incidiria, inclusive, sobre as situações jurídicas pretensamente consolidadas sob a égide de normas anteriores. É tanto que assentou, nas linhas do vitorioso voto, a legitimidade dos cortes vencimentais impostos àqueles impetrantes, com a única ressalva da espécie “acréscimo sobre proventos”

Assim, no afincio de compreender objetivamente a dinâmica intelectual em deslinde, tenho que a mencionada lei 11.143/2005 – que fixou o subsídio dos Ministros do STF - há de representar o divisor de águas entre a exclusão e a inclusão dogmática das chamadas vantagens pessoais da órbita de cálculo do teto remuneratório, como aliás, já decidiu este Sodalício na conformidade de acórdão ilustrativo brilhantemente relatado pelo Desembargador Francisco Sales Neto:

Ementa: PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO E CONSTITUCIONAL. MANDADO DE SEGURANÇA. TETO REMUNERATÓRIO DO JUDICIÁRIO. VANTAGENS PESSOAIS. EXCLUSÃO.

1. Aposentados e pensionistas vinculados ao Poder Executivo Estadual tem como teto a remuneração do governador, ao qual se submetem inclusive as vantagens de caráter pessoal desde 05.02.2004, data da fixação, pelo STF, do subsídio mensal de seus ministros, para os fins do art. 8º da Emenda nº 41/03, não se lhes aproveitando o precedente do STF (MS 24.875/DF, j. em

11.05.2006, DJ em 06.10.2006, rel. Min. Sepúlveda Pertence).

2. Segurança denegada.

3. Decisão unânime (MS – 2005.0017.8014-4/0. Rel. Des. Francisco Sales Neto. Data do Julgamento: 12/07/2007)

Já sob um outro ângulo, no que toca ao limite remuneratório específico que se aplica à categoria funcional a que pertencem os impetrantes, parece-me que os mesmos estão, de fato, sujeitos ao sub-teto do Poder Executivo Estadual, correspondente ao subsídio do Governador do Estado, na conformidade do que se infere do próprio inciso XI, do art. 37 da Carta Republicana de 1988.

O questionamento de que se poderia cogitar nesse sentido deriva de uma possibilidade hermenêutica hipotética associada ao próprio espírito do dispositivo constitucional em alusão.

Com efeito, os servidores públicos, no horizonte de tal entendimento, estariam subordinados ao seu respectivo e específico sub-teto, mas poderiam, por força de algum acréscimo remuneratório a que fizessem jus, percebê-los, excepcionalmente, até o limite vencimental máximo do ente federativo a que pertencessem, independentemente do órgão ou da estrutura de poder a que estivessem vinculados.

Imagine-se, à guisa de exemplo, a situação de um auditor da fazenda estadual, que tenha acrescido aos seus proventos algumas parcelas remuneratórias suplementares por ocasião de seu ingresso na inatividade. Esse servidor, em linhas gerais, estaria sujeito ao sub-teto do Governador do Estado, mas, sob o prisma do entendimento em questão, poderia continuar auferindo, até o limite do subsídio do Desembargador do Tribunal de Justiça de seu mesmo estado, as parcelas correspondentes às vantagens de caráter pessoal que lhe fossem afetas.

No meu sentir, contudo, essa idéia não se compadece à diretriz preconizada no art. 37, XI, da Constituição. Tenha-se, a esse respeito, que o regime de teto remuneratório, além dos princípios da legalidade, da moralidade e da razoabilidade, informa-se diretamente pela sistemática do pacto federativo e da separação das funções precípuas do estado.

O estabelecimento de tetos diferenciados para União, Estados e Municípios constitui um reflexo prático das implicações dogmáticas do federalismo.

Ao passo em que a existência de um sub-teto específico para cada um dos três poderes resulta manifestamente do imperativo de se garantir a sustentabilidade constitucional, assentada no equilíbrio e na harmonia entre executivo, legislativo e judiciário.

Pensar de modo diverso, no sentido de admitir a aplicação de um

teto único para cada ente - a pretexto de se buscar uma interpretação que amenize a aparente aridez da política de adequação vencimental - é subverter os postulados constitucionais que sedimentam os preceptivos jurídicos de que ora se cuida, esvaziando seu significado político e abstraindo sua sublime e indispensável importância para o funcionamento estrutural do Estado.

De qualquer maneira, tem-se por imperioso esclarecer que a medida liminar ordenada nos autos da ADIN 3854-1/DF – que vem sendo equivocadamente interpretada e prodigalizada no horizonte de uma aplicação mais abrangente - não desposou entendimento diverso, nem autorizou qualquer intelecção mais ampliativa. Na verdade, o que se consignou, por ocasião, foi que as normas do CNJ (Resoluções 13 e 14) - que estabeleceram tetos diferenciados para a as justiças federal e estadual – feriam os princípios da razoabilidade e da isonomia. Às impressões do dito decisório, não havia motivos para a aludida discriminação, em virtude do caráter nacional da instituição Poder Judiciário. Nesse sentido:

EMENTA: MAGISTRATURA. Remuneração. Limite ou teto remuneratório constitucional. Fixação diferenciada para os membros da magistratura federal e estadual. Inadmissibilidade. Caráter nacional do Poder Judiciário. Distinção arbitrária. Ofensa à regra constitucional da igualdade ou isonomia. Interpretação conforme dada ao art. 37, inc. XI, e § 12, da CF. Aparência de inconstitucionalidade do art. 2º da Resolução nº 13/2006 e do art. 1º, § único, da Resolução nº 14/2006, ambas do Conselho Nacional de Justiça. Ação direta de inconstitucionalidade. Liminar deferida. Voto vencido em parte. Em sede liminar de ação direta, aparentam inconstitucionalidade normas que, editadas pelo Conselho Nacional da Magistratura, estabelecem tetos remuneratórios diferenciados para os membros da magistratura estadual e os da federal. (ADI-MC 3854/DF - Medida Cautelar em Ação Direta de Inconstitucionalidade – Rel. Ministro César Peluso. Julgamento: 27/02/2007).

E, finalmente, para os fins de um integral deslinde, uma última questão ainda se coloca, relativa à natureza jurídica das supostas vantagens pessoais submetidas ao redutor vencimental impugnado. Com efeito, a Emenda Constitucional nº 47/05 introduziu o parágrafo 11º no art. 37 da Carta Política de 1988, estabelecendo, expressamente, que as verbas vencimentais indenizatórias,

estariam imunes à incidência dos tetos de remuneração.

Não há que se confundir, a esse respeito, verbas indenizatórias com vantagens *propter personae*. Estas, que podem assumir o caráter de recompensa, ou de incentivo, são concedida ao servidor – aderindo aos seus vencimentos - em virtude da consumação de um fato que a própria lei subjacente capitulou como determinante à sua percepção. Ao passo em que aquelas, de índole meramente reparatória, que a sistemática jurídica nacional classifica apenas em duas espécies – diárias e ajudas de custo – são verbas suplementares cujo objetivo é o de ressarcir o servidor de eventuais despesas a que seja ou tenha sido o mesmo obrigado em razão do serviço.

A par de tal esclarecimento, observo que nenhuma das parcelas vencimentais efetivamente glosadas para efeito de adequação dos rendimentos dos impetrantes ao novo paradigma constitucional inaugurado pela emenda nº 41/03 possui características que lhes possam identificar como parcelas de índole indenizatória, no sentido de franquear-lhes, na conformidade do art. 37, § 11º da Carta Republicana, instituído pela emenda nº 47/05, sua malsinada exclusão da base de cômputo do sub-teto máximo de estípedios do Poder legislativo Estadual Estadual.

De maneira que, é insubsistente o argumento de que as referidas parcelas – em virtude de sua suposta natureza – a despeito do entendimento do STF no que pertine à constitucionalidade da expressão “vantagens pessoais” constante da redação do inciso XI do art. 37 da Carta Republicana de 1988, deveriam ser excluídas da esfera de cálculo do teto remuneratório, por que supostamente alçadas à condição de verbas indenizatórias.

Tal característica não lhes assiste, uma vez não se acham as mesmas associadas ao escopo de restituírem pontualmente despesas empregadas pelos servidores públicos em razão de certos, eventuais, ou específicos imperativos derivados da execução de seus serviços.

Nessas condições no horizonte das reflexões acima das afirmativas da constitucionalidade da aplicação genérica e indistinta do teto remuneratório, em cuja esfera de cálculo devem se incluir as ditas vantagens de caráter pessoal, voto pela denegação da segurança, nos ditames do art. 37, XI, e § 11º da Constituição Federal e em sintonia com o entendimento do Supremo Tribunal Federal, firmado nos autos do Mandado de Segurança 24.875-DF e da medida cautelas em ação direta de inconstitucionalidade nº 3458-1/DF.

É como voto.

Fortaleza, 24 de janeiro de 2008.

PROCESSO Nº: 2006.0006.9435-5/0.

TIPO DE AÇÃO: Mandado de Segurança.

COMARCA: Fortaleza/CE.

Impetrante: Sindicato Intermunicipal de Hotéis, Restaurantes, Bares e Similares do Estado do Ceará.

Impetrado: Secretário da Fazenda do Estado do Ceará.

Relator: Desembargador Francisco Sales Neto.

Órgão Julgador: Tribunal Pleno.

EMENTA: MANDADO DE SEGURANÇA. PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. ICMS. DEMANDA RESERVADA DE POTÊNCIA. INCIDÊNCIA. “WRIT” IMPETRADO POR SINDICATO VISANDO COIBIR EXIGÊNCIA TRIBUTÁRIA DO ESTADO CONTRA SEUS FILIADOS. ILEGITIMIDADE ATIVA DA ENTIDADE ASSOCIATIVA. EXTINÇÃO DO PROCESSO POR AUSÊNCIA DE UMA DAS CONDIÇÕES DA AÇÃO.

A relação jurídico-tributária, por natureza, não cria nem relações nem direitos coletivos, sendo sempre individual e divisível, não se revestindo da homogeneidade imprescindível à tutela de interesses transindividuais. Precedente desta Corte;

A entidade sindical não dispõe de legitimidade ativa para a proteção de direito individual e divisível quando não houver relação de pertinência entre as suas finalidades institucionais e o direito individual dos seus associados;

Mandado de Segurança extinto sem resolução do mérito nos termos do art. 267, inciso VI, do Código de Processo Civil.

A C Ó R D Ã O

Vistos, discutidos e relatados os autos do mandado de segurança nº 2006.0006.9435-5/0, no qual são partes as pessoas suso nominadas, acordam os Desembargadores deste Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, em sessão plenária, em extinguir o vertente “*mandamus*” sem julgamento de mérito, tudo nos termos do voto do relator.

R E L A T Ó R I O

Cuidam os autos em epígrafe de Mandado de Segurança com pedido

liminar manejado pelo Sindicato Intermunicipal de Hotéis, Restaurantes, Bares e Similares do Estado do Ceará em face de ato reputado por abusivo e ilegal perpetrado pelo Secretário da Fazenda do Estado do Ceará, consubstanciado na cobrança do ICMS sobre a demanda reservada de energia elétrica contratada junto à Companhia Energética do Ceará - COELCE.

Alega o sindicato impetrante que seus substituídos mantêm com a COELCE contrato de fornecimento de energia elétrica e reserva de potência, cujo objetivo é a disponibilização remunerada da potência elétrica suficiente ao exercício das suas atividades econômicas.

Aduz, mais, que a potência reservada aos substituídos, por natureza, jamais circula, razão pela qual não pode sofrer incidência do ICMS.

Alega, ainda, que a garantia de potência não resulta na entrega de produto que possa servir de base de cálculo ao ICMS, não se adequando, pois, à sua hipótese de incidência.

Assevera, outrossim, a adequação da via mandamental ao atendimento da pretensão articulada; a legitimidade ativa e passiva da “actio” em exame; a presença de justo receio a autorizar a presente impetração; a possibilidade de compensação dos créditos indevidamente pagos pelos contribuintes-substituídos, pugnando, por fim, pela aplicação da prescrição decenal aos créditos tributários perseguidos.

Assim que, liminarmente, requista a suspensão da cobrança do ICMS sobre a parcela contratual referente à demanda reservada de potência contratada junto à COELCE, postulando, ao final, a concessão da segurança no sentido de que, confirmado o pedido liminar, seja declarado o direito aos filiados da impetrante ao aproveitamento dos créditos pagos indevidamente, através de transferência para qualquer outro contribuinte do Fisco estadual.

Liminar deferida às fls. 113/120 da instrução.

Informações da autoridade impetrada às fls. 127/133, argüindo, a título de preliminares, a carência da ação proposta, a falta de interesse processual da impetrante e de pressuposto de desenvolvimento válido e regular do processo e a ilegitimidade da autora para postular a alteração da base de cálculo de imposto que não é contribuinte direto.

No mérito, aduz que o fato gerador do ICMS é a saída da energia elétrica da sua concessionária, não mais podendo ser devolvida, sendo certo que a energia demandada não poderia ser utilizada por outro cliente ou mesmo pela COELCE. Assesta, ainda, que o ICMS incide sobre o valor integral da operação.

Às fls. 135/143, manifestação da insigne Procuradoria Geral de Justiça, opinando pela procedência parcial da segurança pleiteada, com o reconhecimento da ilegitimidade da exigência do ICMS sobre a demanda de

reserva de energia, e a declaração da impossibilidade da compensação dos valores pagos anteriormente.

Assim me vieram os autos conclusos.

É o relatório.

VOTO

Antes do adentramento do mérito da presente “actio”, impõe-me, aprioristicamente, proceder à apreciação dos seus requisitos de admissibilidade.

Da compulsão dos autos, verifico, de plano, a ausência de uma das condições da ação, a saber: da legitimidade ativa da entidade associativa impetrante. Explico.

Analisando a ação mandamental “sub oculis”, nos exatos termos em que foi aforada, diviso que a pretensão articulada pela entidade sindical promovente colima o atendimento de duas pretensões jurídicas específicas, quais sejam: a suspensão da cobrança do ICMS sobre a parcela contratual referente à demanda reservada de potência contratada junto à COELCE, e o reconhecimento, em favor dos substituídos da impetrante, do direito ao aproveitamento dos créditos pagos indevidamente, através de transferência para qualquer outro contribuinte do Fisco estadual.

Cumprе esclarecer, num primeiro momento, que é plenamente viável a promoção, por Sindicato, da defesa jurídica dos direitos de seus afiliados, desde que delineada a pertinência entre os interesses dos substituídos e os fins da entidade substituidora.

Entrementes, tal não ocorre no feito em deslinde.

Como evidenciado, o intuito do presente “*mandamus*” cerca-se na defesa exclusiva dos interesses individuais das empresas filiadas ao sindicato impetrante, vale dizer, não se reveste de qualquer sorte de vinculação com os fins associativos da respectiva entidade.

Tal conclusão provém da natureza da relação jurídica havida entre as empresas representadas e o Fisco estadual, da qual não se identifica um vínculo material jurídico capaz de unir os interesses da entidade impetrante ao de seus associados. Por óbvio, para fins de substituição processual, não basta que o sindicato represente a classe; é imprescindível que os direitos tutelados disponham de um mínimo de correlação com a finalidade da associação, de sorte que se lhe reconheça a legitimidade para a substituição da defesa do interesse da própria categoria.

Contudo, no caso das obrigações tributárias, o que se visualiza com clareza solar é a sua total divisibilidade e individuação no que tange à sua

materialização no plano concreto, circunstância que conduz à inarredável conclusão da inexistência de vínculo jurídico comum entre os diversos contribuintes representados pelo impetrante e, por defluência, da própria pertinência entre os fins desta e os interesses representados.

Tanto é assim que pululam neste Tribunal ações com idêntico fundamento à “actio” em destrame, propugnadas por toda sorte de sindicatos empresariais, do que se infere que o interesse protegido não é dos substituídos neste processo, mas de uma gama muito maior de legitimados, que escapam à substituição pretendida pelo impetrante.

A esse respeito, Hugo de Brito Machado, com a clareza que lhe é peculiar, assim assinala:

“Preterível, na impetração do mandado de segurança coletivo, pela entidade de classe ou associação, é o direito líquido e certo de seus membros ou associados. Direitos que sejam pertinentes com os fins da entidade, e sejam, portanto, direitos da categoria dos associados, e não especificamente de um, ou de poucos deles. Não se exige que o direito a ser protegido seja comum à totalidade dos associados, mas que seja comum a expressivo número de associados.

Assim, a Federação das Indústrias de um Estado, por exemplo, pode impetrar mandado de segurança coletivo para impugnar o ato administrativo que aumente alíquotas de IPI, que repute ilegal ou inconstitucional, mesmo que nem todos os associados da entidade sejam contribuintes do referido imposto, ou que o aumento de alíquotas não tenha abrangido todos os produtos e assim algum associado, mesmo contribuinte do IPI não tenha tido direito seu afetado pelo ato atacado.”

Corroborando esta tese, destaco, ainda, a seguinte lição do mestre Hely Lopes Meirelles, corroborando o entendimento firmado pelos tribunais pátrios acerca da vinculação do direito argüido e as finalidades institucionais da entidade impetrante, “ad litteram”:

“Os tribunais têm entendido que o direito alegado deve ter vínculo com o objeto da entidade impetrante, ou com a atividade de seus associados, mas não se exige que este direito seja peculiar e próprio daquela classe.”

E, não havendo tal vínculo, não há que se falar em direito coletivo

ou mesmo individual homogêneo capaz de ser tutelado via ação coletiva ou mesmo substituição processual autônoma. Nesse sentido, trago a tona o seguinte posicionamento do Juiz Federal Osmar Tognolo, “litteris”:

“De resto, não existe qualquer relação jurídica comum a unir, com o Estado ou entre si, como exige a lei para que o direito possa ser considerado coletivo, os contribuintes de determinado imposto. De comum, têm eles, apenas, o fato de se sujeitarem à mesma exigência fiscal, mas dessa circunstância não resulta relação jurídica a uni-los entre si, não se podendo afirmar, igualmente, ser único o vínculo a ligá-los ao Estado. É que, embora seja apenas uma a norma instituidora do tributo, sua incidência in concreto, vale dizer, sua materialização, somente ocorrerá quando cada contribuinte praticar, individualmente, o ato tributável, dando origem à obrigação tributária divisível e, igualmente, individual.

(...)

No entanto, em matéria tributária, como afirmado, os tributos não possuem origem comum em relação aos contribuintes, pois o fato gerador da obrigação tributária será sempre individual no que diz respeito ao sujeito passivo. A simples descrição legal da hipótese de incidência, único dado comum a alcançar todos os contribuintes, não impõe qualquer prestação pecuniária, que somente passará a existir quando verificada sua concretização, vale dizer, quando a hipótese se transformar em fato imponível, como Geraldo Ataliba denominava esse segundo momento do fato gerador da obrigação tributária.”

Confirmando o posicionamento ora tracejado, e dando total suporte ao raciocínio ora expandido, trago à baila o seguinte posicionamento jurisprudencial:

“O mandado de segurança coletivo é instrumento para tutela coletiva de direitos individuais, promovida por substituto processual. *Legitima-se o sindicato a promover a impetração quando houver relação de pertinência entre as suas finalidades institucionais e o direito individual dos associados, objeto da tutela.* A legitimação dos sindicatos, nesse caso, é em regime de substituição processual autônoma, ou seja, independe da autorização individual do titular do direito.” (MSC 93.04.046081-6, 19.06.97, 2ª Turma TRF 4ª

REGIÃO, rel. Juiz Teori Zawaski, RP 87/308 – em igual sentido – MS 10.503. 18.04.90, TP TJSP. Rel. Des. Yussef Cahali. RT 657/74). (Destques nossos)

Destarte, há de ser demonstrado, com lúdima segurança e certeza jurídica, a relação de pertinência entre as finalidades do impetrante e os interesses dos substituídos, o que não restou observado na espécie. Por tal sorte, outra não pode ser a conclusão deste julgador senão o reconhecimento da ilegitimidade do Sindicato Intermunicipal de Hotéis, Restaurantes, Bares e Similares do Estado do Ceará. para figurar no pólo ativo do “*mandamus*” em destreme.

Com efeito de fecho, faço menção, por razão da similaridade das matérias, ao brilhante voto lançado neste mesmo Tribunal Pleno pela insigne Desembargadora Maria Sirene de Souza Sobreira, nos autos do Mandado de Segurança Coletivo nº 2006.0023.6581-2/0, assim ementado:

MANDADO DE SEGURANÇA. TRIBUTÁRIO. PROCESSUAL CIVIL. MANDADO DE SEGURANÇA COLETIVO. INCIDÊNCIA DE ICMS SOBRE DEMANDA RESERVADA DE ENERGIA ELÉTRICA NÃO EFETIVAMENTE UTILIZADA PELOS CONSUMIDORES FINAIS. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. IMPOSSIBILIDADE DE MANUSEIODA IMPETRAÇÃO COLETIVA PARA DESAFIAR ATO DE AUTORIDADE PÚBLICA VIOLADOR DE DIREITO INDIVIDUAL DIVISÍVEL. EXTINÇÃO DO PROCESSO SEM RESOLUÇÃO DE MÉRITO, NOS DITAMES DO ART. 267, IV DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL.

Do voto condutor do aresto suso transcrito, ressalto os seguintes excertos, em tudo aplicáveis à hipótese em deslinde:

“Uma observação relevantíssima se faz oportuna nesse particular, a despeito da obviedade que exprime: a administração tributária não constitui uma atividade consumeirista, muito embora as relações de consumo – como é o caso da prestação de certos serviços públicos por empresas delegatárias em regime de concessão ou permissão – representem freqüente hipótese de incidência de tributação

específica.

A afirmação supra, malgrado não seja por si suficiente ao desate da questão em apreço, serve de suporte à conclusão de que os ora substituídos processuais, enquanto responsáveis pelo pagamento do imposto incidente sobre os aludidos contratos de reserva de demanda, não se relacionam com o fisco na qualidade de consumidores, mas de contribuintes de fato do ICMS, por suportarem o repasse oriundo de sua não cumulatividade.

De qualquer maneira, há que se ressaltar, que nem todo o direito coletivo *latu sensu* é um direito consumeirista, embora a lição conceitual mais emblemática da espécie que se acha vigente, se hospede, justamente, no Código de Defesa do consumidor, na precisão literal do seu art. 81.

Com efeito, coletivos são os direitos transindividuais indivisíveis que tenham, ou não, origem de um de um mesmo fato ou ato jurídico e que pertençam a um grupo, classe, ou categoria de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base.

Os contribuintes ou responsáveis tributários pelo recolhimento de um determinado imposto têm em comum apenas o fato de se sujeitarem a uma mesma exigência fiscal. Mas dessa circunstância, não deriva relação jurídica que os una entre si, ou que os conecte ao fisco por meio de um vínculo comum homogêneo.

A obrigação tributária, pois, quando indevidamente imposta, ou quando exigida de forma abusiva gera simplesmente direitos subjetivos divisíveis e determináveis em favor dos contribuintes de fato ou de direito, podendo este, no abono de seus interesses, se socorrer de remédios subjetivos de impugnação, como o mandado de segurança individual, por exemplo. (...)”

Por todas estas considerações, cassando a liminar de fls. 113/120, voto pela extinção do vertente “*mandamus*”, à mingua de legitimidade ativa da entidade sindical impetrante, nos moldes do art. 267, inciso VI, do Código de Processo Civil.

É como voto.

Fortaleza/CE, 27 de março de 2008.

PROCESSO Nº 2004.0007.0930-5/0.

TIPO DE AÇÃO: Mandado de Segurança.

COMARCA: Fortaleza/CE.

PARTES:

Impetrante: RITA LIMA DE SOUSA.

Impetrado: Secretário de Educação Básica do Estado do Ceará.

Relator: Desembargador Francisco Sales Neto.

Órgão Julgador: Tribunal Pleno.

EMENTA: CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. VENCIMENTOS TOTAIS DE SERVIDOR PÚBLICO ACIMA DO SALÁRIO MÍNIMO. AUSÊNCIA DE ILEGALIDADE. A ORIENTAÇÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL É NO SENTIDO DE QUE O ARTIGO 7º, IV C/C O ARTIGO 39, PARÁGRAFO 2º, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL, REFERE-SE À REMUNERAÇÃO TOTAL DO SERVIDOR E NÃO APENAS AO VENCIMENTO-BASE... ORDEM DENEGADA.

I. Não se há de proceder ao desmembramento de remuneração do servidor para, levando-se em conta, tão somente, o básico percebido, concluir-se pelo direito à igualização deste ao salário mínimo. O que cumpre perquirir é se a totalidade recebida pelo servidor, ao término do mês, alcança o salário mínimo. Precedente do STF.

2. Os contra-cheques da impetrante demonstram que o seu salário-base é inferior ao mínimo, mas, a totalidade recebida, mensalmente, ultrapassa o teto do salário-mínimo.

Acórdão

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de Mandado de Segurança, em que são partes as pessoas acima indicadas, ACORDAM os Desembargadores deste Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, em sessão plenária, em denegar a segurança pleiteada, em consonância com o parecer da

douta Procuradoria Geral de Justiça, tudo nos termos do voto do Relator (íntegra este acórdão o relatório de fls.).

Relatório

Trata-se de mandado de segurança com pedido de liminar *inaudita altera pars*, de competência originária deste Egrégio Tribunal, impetrado por Rita Lima de Sousa, servidora pública estadual, em face do Sr. Secretário de Educação Básica do Estado do Ceará, atribuindo-lhe a prática de ato supostamente ilegal e abusivo fixando seu vencimento básico inferior ao salário mínimo, embora que no cômputo geral seja um pouco superior..

Alega a impetrante que tal ato violou dispositivos constitucionais, especialmente os dispositivos que asseguram a percepção de vencimentos e proventos não inferiores ao salário mínimo, bem como o princípio da irredutibilidade de vencimentos.

Requer a autora a concessão da segurança no sentido de que as parcelas de seus proventos correspondentes ao código 101 nunca fiquem abaixo do salário mínimo.

Liminar concedida (fls.29/32).

A autoridade dita coatora, devidamente notificada, ofereceu as suas informações no decêndio legal (fls. 38/44), aduzindo, que o total da remuneração da impetrante é superior ao valor do salário mínimo conforme testifica extrato de pagamento ora adunado..

Douto parecer ministerial acostado às fls.48/52, opinando no sentido da denegação da segurança.

Em suma é o relato.

Voto

Não havendo questão prejudicial a enfrentar, passo à análise do mérito do presente *writ*.

Como se pode observar, o conflito diz respeito à interpretação dos artigos 7º, inciso IV e 39, § 3º, ambos da Constituição Federal de 1988, que asseguram a todos os trabalhadores e servidores públicos remuneração não inferior ao salário mínimo.

Como já mencionado, alega a impetrante que se encontra percebendo o vencimento base, em valor inferior ao salário mínimo, ocorrendo malferimento aos artigos 7º, inciso IV e 39, § 3º, ambos da Carta da República, embora a totalidade de seus proventos supere o valor do salário mínimo fixado em lei. Dispõem os artigos 7º, inciso IV e 39, § 2º da CF/88, *in verbis*:

Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social:

IV - salário mínimo, fixado em lei, nacionalmente unificado, capaz de atender a suas necessidades vitais básicas e às de sua família com moradia, alimentação, educação, saúde, lazer, vestuário, higiene, transporte e previdência social, com reajustes periódicos que lhe preservem o poder aquisitivo, sendo vedada sua vinculação para qualquer fim;

Art. 39 (omissis)

§ 3º Aplica-se aos servidores ocupantes de cargo público o disposto no art. 7º, IV, VII, VIII, IX, XII, XIII, XV, XVI, XVII, XVIII, XIX, XX, XXII e XXX, podendo a lei estabelecer requisitos diferenciados de admissão quando a natureza do cargo o exigir. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998).

De plano constata-se que tal alegativa não procede. A interpretação dada pelo Supremo Tribunal Federal ao artigo 7º, inciso IV da CF/88 é no sentido de que o valor total da remuneração ou dos proventos de aposentadoria não seja inferior ao salário mínimo, pouco importando que o salário base o seja.

Destaque-se julgado do Pretório Excelso acerca do tema, *verbis*:

EMENTA: Servidor público: salário mínimo. 1. É da jurisprudência do STF que a remuneração total do servidor é que não pode ser inferior ao salário mínimo (CF, art. 7º, IV). 2. Ainda que os vencimentos sejam inferiores ao mínimo, se tal montante é acrescido de abono para atingir tal limite, não há falar em violação dos artigos 7º, IV, e 39, § 2º, da Constituição. 3. Inviável, ademais, a pretensão de reflexos do referido abono no cálculo de vantagens, que implicaria

vinculação constitucionalmente vedada (CF, art. 7º, IV, parte final).
II. Agravo regimental: desprovisionamento: discussão acerca do valor relativo aos honorários advocatícios, tendo em vista a inversão dos ônus da sucumbência, que implicaria análise dos limites em que a lide foi decidida. Parte inferior do formulário *RE-AgR 496774/RN - RIO GRANDE DO NORTE AG.REG.NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO* Relator(a): Min. SEPÚLVEDA PERTENCE
Julgamento: 14/08/2007 Órgão Julgador: Primeira Turma.

Este colendo Tribunal vem, reiteradamente, seguindo a orientação do STF, inclusive este relator, por diversas vezes, conduziu voto nesse mesmo sentido.

Não se vislumbra, pois, o alegado direito da impetrante, face à interpretação pacífica dada ao tema pelo Supremo Tribunal Federal, de modo que no caso em exame, a totalidade dos vencimentos da mesma supera o valor fixado em lei para o salário mínimo, pouco importando que o salário base ou outra parcela remuneratória seja em valor inferior.

Sem maiores delongas, não se constata a suposta violação aos supra mencionados artigos da Carta Magna, devendo o presente *writ of mandamus* ser denegado na sua integralidade.

Isto posto, Senhor Presidente, voto no sentido de denegar a segurança, cassando-se a liminar outrora concedida.

É como voto.

Fortaleza, 06 de dezembro de 2007.

Jurisprudência Criminal



Agravo de Execução

PROCESSO Nº: 2006.0012.0896-9/0

TIPO: AGRAVO EM EXECUÇÃO.

AGRAVANTE: MINISTÉRIO PÚBLICO.

AGRAVADO: JOÃO CASSIMIRO LIMA.

RELATORA: DESA. LÚCIA MARIA DO NASCIMENTO FIUZA BITU.

EMENTA: PENAL – EXECUÇÃO PENAL - AGRAVO EM EXECUÇÃO – CONDENAÇÃO POR CRIME HEDIONDO – HOMICÍDIO QUALIFICADO – CONCESSÃO DE PROGRESSÃO DE REGIME PRISIONAL - RECURSO INTERPOSTO PELO MINISTÉRIO PÚBLICO – POSSIBILIDADE DE PROGRESSÃO DE REGIME PRISIONAL – LEI Nº 11.464/2007 – RECURSO IMPROVIDO.

1. Sentenciado por crime hediondo, foi beneficiado pela progressão de regime fechado para semi-aberto em face do cumprimento de mais de 1/6 da pena imposta.

2. O Ministério Público recorreu da decisão alegando a impossibilidade de progressão de regime para apenados por crimes hediondos.

3. A lei nº 11.464/2007 pois fim a discussão e passou a permitir a progressão de regime prisional para apenados por crimes hediondos.

4. Recurso conhecido, porém, improvido.

ACORDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos de Agravo em Execução nº. 2006.0012.0896-9/0, interposto pelo Ministério Público em face da decisão do Juízo de Execução da Comarca de Santa Quitéria/CE.

ACORDAM os Desembargadores integrantes da 2ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, por unanimidade, em conhecer a ordem impetrada, mas para negar-lhe provimento, nos termos do voto da eminente relatora.

RELATÓRIO

Cuidam os autos de agravo em execução interposto pelo Representante do Ministério Público, em face da decisão exarada pelo Juízo de Execução da Comarca de Santa Quitéria/CE, que concedeu ao agravado progressão do regime fechado para o regime semi-aberto, o qual foi condenado pela prática de crime hediondo no caso, homicídio duplamente qualificado.

Alega o agravante que o crime praticado pelo agravado é considerado hediondo e que, por isso, a pena interposta deve ser cumprida integralmente em regime fechado como determina o art. 2º, § 1º da Lei 8.072/90, sendo por esse motivo inadmissível a mudança de regime.

Despacho judicial concessivo do benefício ao apenado às fls.9/13.

Razões do agravo às fls.15/18.

Recurso contra-arrazoado às fls.19/20.

Despacho de sustentação exarado às fls. 21.

Com vista, a douta Procuradoria Geral de Justiça, através do parecer de fls. 32/35, opinou pelo conhecimento do recurso, porém por seu improvimento, destacando que a lei nº 11.464/2007 dirimiu completamente a discussão, posto que, passou a permitir a progressão de regime prisional para apenados por crimes hediondos.

É o relatório.

VOTO

O recurso de que se cuida, sem dúvida nenhuma, é cabível na hipótese e foi interposto em tempo hábil, daí porque merece ser conhecido.

Informam os autos que o agravado foi submetido a julgamento pelo Tribunal do Juri da Comarca de Santa Quitéria e condenado a pena privativa de liberdade de 14 (quatorze) anos e 06 (seis) meses de reclusão em regime integralmente fechado, como autor do crime de homicídio duplamente qualificado (fls. 4/5), e que após o cumprimento de 06 (seis) anos e 03 (três) meses foi beneficiado pela progressão de regime prisional do fechado para o semi-aberto (fls. 9/13) com fundamento na decisão lançada pelo STF, nos autos do HC nº 82.959, onde foi declarada a inconstitucionalidade do § 1º do artigo 2º da Lei dos Crimes Hediondos.

O recorrente pretende, com o presente recurso, que se reforme a decisão do magistrado a quo, que deferiu o pedido de progressão de regime do recorrido, por entender que o crime por ele praticado (homicídio qualificado) é considerado hediondo e, portanto, não admite tal benefício.

Percebe-se claramente nos autos que este agravo em execução foi interposto no dia 11 de abril de 2006, anterior a vigência da lei nº 11.464 de 29 de março de 2007, que deu nova redação ao artigo 2º da Lei 8.072/90 e passou a permitir a progressão de regime para os sentenciados por crimes hediondos com aplicação imediata e aumentou o tempo de cumprimento de pena necessário ao benefício, de 1/6 para 2/5 se primário ou 3/5 se reincidente, aplicável para os crimes cometidos posterior a data da publicação da mencionada lei, dirimindo, portanto, de uma vez por todas a polêmica acerca da progressão de regime nos crimes hediondos, ou a eles comparados.

Vejam os que dispõe a lei nº 11.464/2007:

“Art. 1º O art. 2º da Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990, passa a vigorar com a seguinte redação:

“Art. 2º

§ 1º A pena por crime previsto neste artigo será cumprida inicialmente em regime fechado.

§ 2º A progressão de regime, no caso dos condenados aos crimes previstos neste artigo, dar-se-á após o cumprimento de 2/5 (dois quintos) da pena, se o apenado for primário, e de 3/5 (três quintos), se reincidente. “

No presente caso, verifica-se que o agravado foi condenado por crime praticado no ano de 1999 e que antes da progressão ser concedida, já havia cumprido mais de 06 (seis) anos dos 14 (quatorze) da pena que lhe fôra imposta, superando assim o lapso temporal de 1/6, já que que o crime fôra cometido anterior a vigência da lei 11.464/2007.

Ademais, conforme foi dito pelo julgador a quo, em sua bem lançada decisão, o agravado preenche todos os requisitos, tanto objetivos como subjetivos, para a concessão da progressão do seu regime prisional.

Pelos motivos acima expostos conheço do presente Agravo em Execução, mas para lhe negar provimento, em consonância com o parecer da douta Procuradoria Geral de Justiça..

É como voto.

Fortaleza, 11 de fevereiro de 2008.

Apelação Criminal

APELAÇÃO CRIME Nº: 2003.0013.6896-1/0, DE ARARIPE
APELANTE: EDICARLOS LUIZ DA SILVA
APELADA: A JUSTIÇA PÚBLICA
RELATOR: DES. FRANCISCO HAROLDO RODRIGUES DE
ALBUQUERQUE

EMENTA: APELAÇÃO CRIME. ESTUPRO. ABSOLVIÇÃO NEGADA. AUMENTO DE PENA PREVISTO NO ART. 9º DA LEI Nº 8.072/90. MENOR DE 14 ANOS E USO DE VIOLÊNCIA REAL. INCIDÊNCIA. DIREITO À PROGRESSÃO DE REGIME. RECONHECIMENTO DE OFÍCIO. SENTENÇA PARCIALMENTE REFORMADA.

I- As provas existentes nos autos autorizam a condenação do réu, pois se mostram suficientes para comprovar a materialidade e a autoria do crime a ele imputado, bem como o uso de violência e grave ameaça, imprimidas na consecução do ato sexual, o que inviabiliza o acolhimento do pedido de absolvição.

II- A palavra da ofendida, principalmente nos crimes sexuais, praticados, via de regra, sem a presença de testemunhas, constitui prova de relevante importância.

III- Para a incidência do aumento de pena previsto no art. 9º da Lei dos Crimes Hediondos, é prescindível a ocorrência de lesão corporal grave ou morte, bastando que haja violência real, seja ela moral ou física, contra vítima menor de 14 anos.

IV- O art. 2º, § 1º, da Lei nº 8.072/90 foi alterado pela Lei nº 11.464, de 28 de março de 2007, passando a estabelecer o regime inicialmente fechado para o cumprimento das penas dos crimes hediondos ou a eles equiparados, tendo o apelante, portanto, direito à progressão de regime.

V- Sentença parcialmente reformada.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de apelação-crime, acorda a Turma Julgadora da Primeira Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, sem divergência de votos, conhecer do recurso, por ser próprio e tempestivo, para negar-lhe provimento, reconhecendo-se, entretanto, ex officio, o direito do réu à progressão de regime, tudo nos termos do voto condutor.

Edicarlos Luiz da Silva, qualificado nos autos, foi denunciado pelo representante do Ministério Público com atuação na vara única da comarca de

Araripe, como incurso no art. 213 do Código Penal Brasileiro, sob o argumento de que o mesmo, em um certo dia do mês de outubro de 1999, por volta das 17:00 horas, na residência de sua irmã, naquela cidade, estuprou a vítima – Zildênia Maria da Silva, que contava, à época, 13 anos de idade.

O acusado, depois de citado, compareceu em juízo e foi interrogado, oportunidade em que negou a autoria delitiva.

Registre-se que a defesa prévia foi apresentada, à fl. 41, embora fora do prazo legal.

Ultimada a instrução criminal e oferecidas as alegações finais, sobreveio a sentença de fls. 58/62, na qual o juiz da causa, julgando procedente a denúncia, condenou o acusado à pena 09 anos de reclusão, a ser cumprida em regime integralmente fechado.

Irresignado com a sentença, o acusado interpôs o presente recurso de apelação, no qual postulou, pela absolvição, ou, alternativamente, pelo afastamento do aumento de pena previsto no art. 9º da Lei dos Crimes Hediondos.

A Promotoria Pública, ao apresentar as contra-razões (fls. 86/88), posicionou-se pela manutenção da sentença impugnada.

Remetidos os autos a este e. Tribunal, foram com vistas à d. Procuradoria Geral da Justiça que, manifestando-se (fls. 95/100), opinou pelo provimento parcial do apelo, apenas para que seja afastado o aumento de pena previsto no art. 9º da Lei dos Crimes Hediondos.

É o relatório.

O recorrente, nas razões de apelação, sustentou que a sentença condenatória não pode ser mantida, isso porque o juiz monocrático se baseou, unicamente, na palavra contraditória da vítima, o que, seguramente, não merece prosperar, haja vista que a sentença atacada foi proferida em plena harmonia com os elementos probatórios carreados aos autos e em consonância com os dispositivos legais pertinentes.

Com efeito, a vítima, que, à época dos fatos, tinha apenas 13 anos de idade, relatou, de forma segura e convincente, os detalhes da conduta criminosa do réu, que com ela manteve relações sexuais, contra a sua vontade, utilizando-se de violência física. Senão, vejamos trechos de suas declarações, na fase inquisitiva:

(...); QUE desde o início do namoro que Edicarlos insistia em transar com a vítima, que o mesmo dizia que se a vítima deixasse ele fazer amor, lhe dava um presente muito bom e que a vítima não se preocupasse pois ele não comentava com ninguém e que não existia possibilidade da mãe da vítima descobrir o fato; (...); QUE por volta

das 17:00 horas de um dia de sábado do mês de outubro a vítima encontrava-se na casa da “NI”, quando a mesma retirou-se de casa, que imagina a vítima que ela assim procedeu atendendo a pedidos do Edicarlos e quando ficaram a sós, o acusado levou a vítima para a cama de sua irmã e na marra retirou a sua roupa, despindo-lhe completamente e a estuprou; QUE o Edicarlos encontrava-se embriagado e segurava as mãos da vítima impedindo-lhe de reagir; (...); QUE perdoou o Edicarlos e quando voltaram a namorar numa outra oportunidade na mesma casa de NI o Edicarlos procedeu da mesma forma e estuprou a vítima que de todas as formas tentava se livrar do mesmo e gritar e era impedida pois o mesmo tampava lhe a boca; QUE a mãe da vítima ficou sabendo do estupro em que a declarante foi vítima, através de uma outra namorada de Edicarlos, conhecida por Gislene, onde o acusado se gabava de ter transado com a vítima; QUE reafirma que quando iniciou o namoro com Edicarlos era virgem e que somente em duas oportunidades já citadas anteriormente manteve relações sexuais e nas duas ocasiões foi forçada a assim proceder; (...) - Fls. 09/10.

Depois de refazer a sua vida, ao lado de outro companheiro, com quem teve uma filha, a ofendida confirmou, em juízo, ter sofrido violência sexual por parte do acusado, dizendo o seguinte:

(...): que confirma os fatos narrados na denúncia apesar de não se lembrar do dia e ano; lembra-se que o fato aconteceu na casa de uma irmã do acusado, conhecida por Ni, onde se encontrava ajudando esta irmã do acusado, o fato se deu por volta de meio dia para 01:00 hora, ele usando de força física, no momento em que se encontrava sozinha na casa, foi violentada pelo acusado que lhe ragou as roupas, tapou sua boca com as mãos e segurando seus braços praticou relações sexuais; que na época contava 13 anos de idade e namorava o acusado acerca de duas semanas; (...); que recorda que só foi submetida a exame médico um mês após o fato; que na época não contou o fato para ninguém; que sua mãe somente descobriu porque o próprio acusado comentou com uma namoraqda dele de nome Gislene; que na época que aconteceu o fato até então não tinha tido experiência sexual com outra pessoa; que no dia do fato sofreu arranhões nos braços e nas coxas, sendo que essas marcas perduraram por cerca de três semanas; (...): que somente tomou

providência de se encaminhar ao médico depois de um mês porque tinha medo do acusado, pois ele dizia que se ela contasse para a mãe ele lhe batia e não ia se casar com a depoente. (...). - Fls. 81/82.

Como se vê, embora menor, a vítima foi segura ao descrever o modus operandi do réu, nas duas vezes em que foi ouvida, relatando, inclusive, o uso de violência física e ameaça, o que comprova a efetiva ocorrência do crime sexual contra ela perpetrado, sendo irrelevantes, outrossim, as pequenas contradições existentes em seus depoimentos, as quais são comuns e compreensíveis, dada a delicadeza do assunto e o decurso do tempo.

Especialmente nos crimes sexuais, que, via de regra, são praticados sem a presença de testemunhas, a palavra da vítima assume relevante importância, como prova incontestada da autoria e da materialidade delitivas.

Sobre a matéria, destaquem-se os seguintes julgados:

PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. ART. 214 C/C ARTS. 29 E 226, I, TODOS DO CP. ALEGAÇÃO DE QUE NÃO HAVERIAM PROVAS SUFICIENTES PARA A CONDENAÇÃO. ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR. VERSÃO DA VÍTIMA.

I - 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 tem testemunhas, ou deixam vestígios.

II - (...) *Writ* denegado. (Superior Tribunal de Justiça, Habeas Corpus nº 46597/MG; Proc. nº 2005/0128838-0, Relator: Ministro FELIX FISCHER, 5ª Turma, DJ de 13.02.2006, p. 838).

ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR - PROVA - PALAVRA DA VÍTIMA - VALIDADE - INOCORRÊNCIA DE CONTRADIÇÃO NOS DEPOIMENTOS TESTEMUNHAIS - DESNECESSIDADE DE LAUDO PERICIAL ATESTANDO A OCORRÊNCIA DE ATO LIBIDINOSO. Assente na jurisprudência que nos delitos contra os costumes, pela sua própria natureza, a palavra da vítima assume excepcional relevância, particularmente quando coerente e harmoniosa com os demais elementos dos autos. A versão da vítima para os fatos deve prevalecer sobre as negativas do acusado, salvo se provado de modo cabal e incontroverso que se equivocou ou mentiu. Sabe-se que, em delitos de natureza sexual, especialmente o ato libidinoso diverso da conjunção carnal, nem sempre deixa-se

vestígios, o que torna desnecessária a realização de laudo pericial. (Tribunal de Justiça de Minas Gerais, Proc. nº 1.0194.02.018243-3/001(1), Relator: Sérgio Braga, julgado em 15/02/2005, publicado em 23/02/2005).

Afora a palavra segura da vítima, tem-se, ainda, o depoimento da testemunha arrolada pela acusação – Gislene Moraes Veloso, que confirmou o fato de ter ouvido, do próprio acusado, insinuações no sentido de que manteve relações sexuais com a menor, conforme se vê:

(...): que confirma os fatos narrados na denúncia porque ouviu da boca do próprio acusado a seguinte frase: “se essa cama falasse descobria tanta coisa minha e de Zildene”; que confirma que havia namoro entre acusado e vítima, não sabendo precisar o período do namoro; que depois que soube do acontecido falou para Zildinha mãe da vítima; (...). - Fl. 44.

Diga-se, também, que o auto de exame de corpo de delito, acostado à fl. 13, atesta que houve conjunção carnal e ruptura do hímen da vítima.

Desse modo, percebe-se que as provas existentes nos autos autorizam a condenação do réu, pois se mostram suficientes para comprovar a materialidade e a autoria do crime a ele imputado, bem como o uso de violência e grave ameaça, imprimidas na consecução do ato sexual, o que inviabiliza o acolhimento do pedido de absolvição.

No tocante ao pleito de afastamento da causa especial de aumento de pena, prevista no art. 9º da Lei dos Crimes Hediondos, conclui-se que melhor sorte não assiste ao apelante, visto ser prescindível a ocorrência de lesão corporal grave ou morte, para que seja aplicado o referido dispositivo legal, bastando que haja violência real, seja ela moral ou física, contra vítima menor de 14 anos.

Ao contrário do que defendeu o apelante e do que consta do parecer da douta Procuradoria Geral de Justiça, no específico caso de que tratam os autos, houve emprego de violência real, e não ficta (presumida), o que torna imperiosa a incidência da referida majorante, sem que isso represente ofensa ao princípio do *non bis in idem*.

Efetivamente, em obediência ao princípio da proporcionalidade, entende-se que condutas diversas reclamam sanções também diversas, a depender da gravidade do caso, sendo certo que o crime de estupro, praticado mediante violência real contra menor de 14 anos, merece maior censura do que aquele cometido contra mulher adulta.

Diga-se, ainda, que o mencionado art. 9º da Lei nº 8.079/90, determina o aumento da pena, na metade, nos casos em que se encontrar presente a violência real, seja pelo *caput* dos arts. 213 e 214, seja pelas formas qualificadas do art. 223, *caput* e parágrafo único, todos do CP, indistintamente, desde que também esteja presente qualquer das hipóteses do art. 224 do mesmo código repressivo. Senão, veja-se:

Art. 9º. As penas fixadas no art. 6º para os crimes capitulados nos arts. 157, § 3º, 158, § 2º, 159, *caput*, e seus §§ 1º, 2º e 3º, 213, *caput*, e sua combinação com o art. 223, *caput* e parágrafo único, 214 e sua combinação com o art. 223, *caput* e parágrafo único, todos do Código Penal, são acrescidas de metade, respeitado o limite superior de 30 (trinta) anos de reclusão, estando a vítima em qualquer das hipóteses referidas no art. 224 também do Código Penal.

Nesse mesmo sentido, veja-se o entendimento da mais recente e abalizada jurisprudência:

PENAL. ESTUPRO. VIOLÊNCIA REAL. VÍTIMA MENOR DE CATORZE ANOS. INCIDÊNCIA DA MAJORANTE PREVISTA NO ART. 9º DA LEI 8.072/90. AUSÊNCIA DE CIRCUNSTÂNCIA QUALIFICADORA. IRRELEVÂNCIA. MAJORANTE DESCRITA NO ART. 226, III, DO CÓDIGO PENAL. REVOGAÇÃO. RECURSO ESPECIAL PROVIDO. HABEAS CORPUS CONCEDIDO DE OFÍCIO.

1. Reconhecer a majoração constante do art. 9º da Lei 8.072/90 nos casos de simples presunção de violência constituiria repudiável *bis in idem*, sendo que essa circunstância já integra o tipo penal nas hipóteses em que não há violência real.

2. Entretanto, tratando-se de hipótese de violência real, seja moral ou física, que por si só enseja a condenação pelos crimes sexuais em tela, aliada à circunstância de ser a vítima menor de catorze anos, tem-se aplicável a causa de aumento de pena retro-referida, independentemente de restarem configuradas as qualificadoras constantes do art. 223 do Código Penal.

3. Não se pode confundir os conceitos de violência real como forma autônoma para a implementação do tipo penal, independentemente da presunção de violência, com a forma qualificada prevista no art. 223 do Código Penal.

4. Nos termos expostos, não há falar em *bis in idem* (que somente

ocorreria nas hipóteses de violência ficta, presumida, onde não há recusa expressa da vítima), mas no efetivo respeito ao princípio da proporcionalidade, pelo qual condutas diversas merecem reprimendas diversas, na medida da sua reprovabilidade ou hediondez, pois é indiscutível que o estupro praticado mediante violência real contra uma criança é mais reprovável do que aquele cometido contra uma pessoa adulta.

5. (...). (Superior Tribunal de Justiça, REsp 235.746/SP, Rel. Ministro ARNALDO ESTEVES LIMA, QUINTA TURMA, julgado em 10.05.2007, DJ 28.05.2007 p. 382).

PENAL. RECURSO ESPECIAL. ESTUPRO SIMPLES. CRIME HEDIONDO. SEMI-ABERTO. POSSIBILIDADE. INCONSTITUCIONALIDADE DO § 1º DO ART. 2º DA LEI Nº 8.072/90 DECLARADA PELO STF. PENAAQUÉM DO MÍNIMO. ATENUANTE. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 231-STJ. VIOLÊNCIA REAL. MENOR DE 14 ANOS. AUMENTO PREVISTO NO ART. 9º DA LEI Nº 8.072/90. APLICAÇÃO.

I - Constitui-se o crime de estupro, ainda que perpetrado em sua forma simples ou com violência presumida, em crime hediondo, submetendo-se o condenado por tais delitos ao disposto na Lei nº 8.072/90 (Precedentes do Pretório Excelso e do STJ).

II – (...).

III - Se a violência é presumida, inadequado falar-se de lesão grave ou morte. Contudo, pode haver violência real contra vítima que esteja entre as indicadas no art. 224 do Código Penal, como ocorreu na espécie.

IV - Esta Corte tem entendido que o reconhecimento da majorante do art. 9º da Lei 8.072/90, nos casos de presunção de violência, consistiria em afronta ao princípio ne *bis in idem*. Entretanto, tratando-se de hipótese de violência real perpetrada contra criança, tem-se como aplicável a referida causa de aumento. (Precedentes do Pretório Excelso e desta Corte). Recurso parcialmente provido. (Superior Tribunal de Justiça, REsp 798.769/RS, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 14.03.2006, DJ 10.04.2006 p. 294).

HABEAS CORPUS. DIREITO PENAL. CRIME DE ESTUPRO. VÍTIMA MENOR DE QUATORZE ANOS. VIOLÊNCIA REAL. INCIDÊNCIA DA MAJORANTE PREVISTA NO ART. 9º, DA

LEI N.º 8.072/90. INEXISTÊNCIA DE *BIS IN IDEM*. PRECEDENTES DO STJ. 1. Em se tratando de crime praticado com efetiva violência real, o estupro, além de ser considerado hediondo, faz incidir o aumento do art. 9.º, da Lei n.º 8.072/90, quando a vítima se encontra nas hipóteses do art. 224, do Código Penal. Precedentes do STJ. 2. Ordem denegada. (Superior Tribunal de Justiça, HC 50.398/SP, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 07.03.2006, DJ 03.04.2006 p. 385).

Assim, não há como ser afastada a aplicação do art. 9º da Lei 8.072/90, haja vista tratar-se de crime de estupro, praticado contra menor de 14 anos, com emprego de violência real.

No entanto, deve ser reconhecido, de ofício, o direito do réu à progressão de regime, visto que o art. 2º, § 1º, da Lei nº 8.072/90 foi alterado pela Lei nº 11.464, de 28 de março de 2007, passando a ter a seguinte redação, *in verbis*:

Art. 2º (...);

§ 1º. A pena por crime previsto neste artigo será cumprida inicialmente em regime fechado.

§ 2º A progressão de regime, no caso dos condenados aos crimes previstos neste artigo, dar-se-á após o cumprimento de 2/5 (dois quintos) da pena, se o apenado for primário, e de 3/5 (três quintos), se reincidente.

(...).

Desse modo, a partir de 29/03/2007, data da vigência da Lei nº 11.464/2007, imperioso se faz o reconhecimento do direito do apelante à progressão do regime de cumprimento de pena.

Embora o crime de que tratam os autos tenha ocorrido antes da vigência da mencionada lei, tem-se que, conforme art. 5º, inciso XL, da nossa Carta Magna e art. 2º, parágrafo único, do Código Penal pátrio, a lei penal mais benéfica deve retroagir para alcançar fatos anteriores.

À vista do exposto, conhece-se do apelo, por estarem presentes os pressupostos de sua admissibilidade, para negar-lhe provimento, modificando-se, entretanto, de ofício, o regime de cumprimento de pena para o inicialmente fechado, mantendo-se os demais termos da sentença.

É como voto.

Fortaleza, 11/03/2008.

APELAÇÃO CRIME Nº: 2007.0018.2012-3/0 DE FORTALEZA
APELANTES: FRANCISCO LOPES DA SILVA E JOSIEL MOTA RODRIGUES
APELADA: A JUSTIÇA PÚBLICA
RELATOR: DES. FRANCISCO HAROLDO RODRIGUES DE ALBUQUERQUE

EMENTA: APELAÇÃO CRIMINAL. TENTATIVA DE ROUBO QUALIFICADO. AUTORIA E MATERIALIDADE COMPROVADAS. ABSOLVIÇÃO INVIÁVEL. DEPOIMENTO DOS POLICIAIS MILITARES. VALIDADE. AUSÊNCIA JUSTIFICADA DE DECLARAÇÕES DA VÍTIMA NA FASE INSTRUTÓRIA. APELO IMPROVIDO.

I – Inviável a absolvição do acusado quando restaram comprovadas, incontestes de dúvidas, a autoria e a materialidade delitivas, tanto pelas declarações da vítima, quanto pela prova testemunhal.

II – A ausência do depoimento da vítima na fase instrutória não é capaz de afastar a autoria delitiva, haja vista que a declaração da mesma não é imprescindível quando da instrução criminal, sendo certo que a referida falta foi devidamente justificada.

III - Apelo improvido.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de apelação-crime, acorda a Turma Julgadora da Primeira Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, sem divergência de votos, conhecer do recurso, por ser próprio e tempestivo, mas para negar-lhe provimento, mantendo-se a sentença recorrida, tudo nos termos do voto condutor.

Francisco Lopes da Silva, equivocadamente nominado Antônio José, e Josiel Mota Rodrigues, qualificados nos autos, foram denunciados pelo representante do Ministério Público com atuação na 12ª Vara Criminal de Fortaleza, como incurso nos arts. 157, § 2º, inciso II, e 288, ambos do Código Penal, sob o argumento de terem os mesmos, no dia 30/11/2004, por volta das 12:30 horas, na confluência da rua Paulo Barros e avenida da Abolição, nesta capital, juntamente com outros dois adolescentes, mediante violência e grave ameaça, tentado roubar uma mochila e um tênis da vítima - Lucca Boaventura Moreira França, menor de dezoito anos.

Os acusados, depois de citados, compareceram em juízo e foram

interrogados, oportunidade em que negaram a autoria delitiva, tendo sido apresentado, no prazo legal, defesas prévias.

Ultimada a instrução criminal e oferecidas as alegações finais, sobreveio a sentença de fls. 86/90, na qual a juíza do feito, dando pela parcial procedência da denúncia, condenou os acusados nas tenazes do art. 157, § 2º, inciso II, c/c o art. 14, todos do Código Penal, às penas de 01 ano, 09 meses e 10 dias de reclusão, a serem cumpridas em regime inicialmente aberto, bem como ao pagamento de 30 dias-multa, à razão de 1/30 do salário mínimo vigente à época dos fatos, sendo os mesmos, ainda, beneficiados com a suspensão condicional da pena, prevista no art. 77 do Código Penal, pelo período de dois anos, mediante o cumprimento de determinadas condições.

Inconformados com a sentença prolatada pela magistrada singular, os réus interpuseram, conjuntamente, o presente recurso de apelação, no qual requereram, em síntese, a absolvição, com base no princípio *in dubio pro reo*.

A Promotoria Pública, ao apresentar as contra-razões (fls. 111/114), posicionou-se pela manutenção da sentença recorrida.

A douta Procuradoria Geral de Justiça, manifestando-se (fls. 120/125), opinou pelo improvimento do apelo.

É o relatório.

Os apelantes sustentaram, nas razões de fls. 100/102, que a sentença condenatória não pode ser mantida, vez que escorada apenas nos depoimentos dos policiais militares, que efetivaram suas prisões em flagrante, e na palavra da vítima, colhida somente na fase inquisitiva.

Todavia, não há como ser provido o presente apelo, isso porque as provas insertas nos autos são suficientes para condenar os recorrentes pela tentativa de roubo qualificado.

O certo é que a sentença questionada se baseou no conjunto probatório inserido nos autos, sobretudo na palavra da vítima, perante a autoridade policial, na prova testemunhal e nas particularidades dos acontecimentos, que, somados, conduzem à certeza da materialidade e da autoria do crime, tornando-se inviável a absolvição perseguida.

Ao contrário do que alegaram os apelantes, a ausência do depoimento da vítima na fase instrutória não é capaz de afastar a autoria delitiva, haja vista que a oitiva da mesma não é imprescindível na fase instrutória, nos termos do art. 201 do Código de Processo Penal, sendo certo, ainda, que a referida falta foi devidamente justificada pela certidão de fl. 57v, a qual esclarece que não foi possível a localização do ofendido, vez que o apartamento deste encontrava-se fechado quando das diligências efetivadas. Veja-se o teor da norma legal acima mencionada:

Art. 201. Sempre que possível, o ofendido será qualificado e perguntado sobre as circunstâncias da infração, quem seja ou presuma ser o seu autor, as provas que possa indicar, tomando-se por termo as suas declarações.

Parágrafo único. Se, intimado para esse fim, deixar de comparecer sem motivo justo, o ofendido poderá ser conduzido à presença da autoridade.

Com efeito, perante a autoridade policial, o ofendido reconheceu, sem sombra de dúvidas, os acusados como sendo os autores da tentativa de roubo contra ele perpetrado. Senão, vejamos os seguintes trechos de seu depoimento:

(...); Que hoje, por volta 12:30 h. Quando se encontrava na confluência das ruas Paula Barros com Avenida Abolição, quando repentinamente quatro indivíduos sendo que, dois desses lhe abordaram e lhe pediram dinheiro; Que como o declarante respondeu que não tinha estes disseram: “ENTÃO PASSE A MOCHILA E O TÊNIS”; Que diante da negativa de declarante um dos indivíduos jogou um murro contra o rosto do declarante, tendo este desviado e também tentado dar um murro em seu agressor; Que em seguida o declarante passou a correr de volta para sua residência, na Rua Paula Barros; Que em dado momento, notou que era seguido por aqueles indivíduos, os quais ainda lhe atiravam pedras; Que o declarante ao chegar em casa participou o ocorrido ao seu genitor e este, em sua companhia voltou ao local do fato; Que logo que chegou ao local reconheceu um dos indivíduos e, com a ajuda de taxistas, conseguiu capturá-lo; Que nesse momento passava pelo local quatro policiais, pilotando motos patrulha, para quem foi dada a informação da tentativa do roubo e estes passaram a diligenciar no sentido de capturar o restante dos indivíduos; Que diligenciando os policiais militares conseguiram deter os três outros indivíduos já na Rua Frei Mansueto; Que quando todos haviam sido capturados estes foram levados à sua presença que, sem dúvida nenhuma, reconheceu a todos os detidos como sendo os mesmos que, momentos antes tentaram roubar-lhe; que presenciou quando o condutor percebeu que dentre os indivíduos dois eram menores de idade; (...). - Fls. 08/09.

Especialmente no crime de roubo, a palavra da vítima é de grande importância para o reconhecimento dos infratores, até porque não é de seu interesse acusar injustamente pessoas inocentes.

Sobre o assunto, convém trazer à colação os julgados que se seguem:

EMENTA: ROUBO - EMPREGO DE ARMA BRANCA - NEGATIVA DE AUTORIA - SUFICIÊNCIA DA PALAVRA DA VÍTIMA - DECOTE DA MAJORANTE - NÃO-APREENSÃO DA ARMA E AUSÊNCIA DE PROVA PERICIAL - DESIMPORTÂNCIA - DIMINUIÇÃO DA PENA DE MULTA DE OFÍCIO. Não obstante a negativa do acusado na empreitada criminosa, sua atuação fica evidente ante as palavras da vítima, principalmente quando reconhece o agente, uma vez que, a princípio, não teria ela nenhum interesse em prejudicá-lo ou mentir com o intuito de incriminá-lo. Em crime de roubo, não é indispensável a apreensão e o exame de eficácia da arma para que seja reconhecida a majorante, admitindo-se a prova de seu emprego por outros meios, inclusive a testemunhal. (...). (Tribunal de Justiça de Minas Gerais, Proc. n° 1.0145.01.027976-1/001(1), Relator: Des. William Silvestrini, julgado em 27/03/07).

ROUBO - AUTORIA COMPROVADA - DEPOIMENTO DA VÍTIMA NO INQUÉRITO POLICIAL - DEPOIMENTOS DE POLICIAIS - VALIDADE - CONDENAÇÃO - DECISÃO MANTIDA - RECURSO IMPROVIDO.

1. Revelando a prova testemunhal, de forma robusta, a autoria do crime de roubo, deve ser mantida a condenação de quem comete o crime.

2. O depoimento dado pela vítima no inquérito policial, que só não foi repetido em juízo em razão de sua não localização, deve ser aproveitado para formação de convencimento, bem como os depoimentos dos policiais que efetuaram a prisão.

3. Recurso conhecido e improvido. (Tribunal de Justiça do Distrito Federal, Apelação Crime n° 20060310044369, Relator: Luciano Vasconcellos, 2ª Turma Criminal, julgado em 25/01/2007, DJ 30/05/2007 p. 115).

PROVA. ROUBO. PALAVRA DA VÍTIMA. VALOR. Em termos

de prova convincente, a palavra da vítima, evidentemente, prepondera sobre a do réu. Esta preponderância resulta do fato de que uma pessoa, sem desvios de personalidade, nunca irá acusar desconhecido da prática de um delito, quando isto não ocorreu. E quem é acusado, em geral, procura fugir da responsabilidade de seu ato. Portanto, tratando-se de pessoa idônea, sem qualquer animosidade específica contra o agente, não se poderá imaginar que ela vá mentir em Juízo e acusar um inocente. Na hipótese, os recorrentes foram reconhecidos pelas vítimas como co-autores do roubo. Suas declarações, ainda, encontra respaldo na confissão feita pelo co-apelante, ao ser interrogado em juízo, onde, inclusive, fez a chamada de co-réu em relação ao outro acusado. (...). DECISÃO: Apelos defensivos desprovidos. Unânime. (Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, Apelação Crime nº 70014723373, Sétima Câmara Criminal, Relator: Sylvio Baptista Neto, julgado em 04/05/2006).

Portanto, o fato de o ofendido não ter prestado declarações perante a autoridade judicial não tem o condão de ensejar dúvidas quanto à autoria delitiva, sobretudo quando o mesmo depôs na fase inquisitiva, reconhecendo os acusados como sendo os autores do crime, o que, inclusive, foi devidamente confirmado pela prova testemunhal.

No que diz respeito aos testemunhos dos policiais militares que efetuaram as prisões em flagrante dos réus, estes são perfeitamente válidos, haja vista que prestados de forma idônea e compatibilizando-se com a palavra da vítima, não deixando nenhuma dúvida acerca da ação criminosa dos apelantes.

Considerando que referidos policiais são testemunhas comuns, devidamente compromissadas e que não manifestaram interesse em prejudicar ou beneficiar os réus, não existe qualquer fundamento, seja de natureza legal ou fática, que justifique o descrédito de seus depoimentos, mormente porque relataram os fatos de forma uníssona e coerente.

Sobre o assunto, convém trazer à colação os seguintes julgados:

EMENTA: APELAÇÃO-CRIME. FURTO QUALIFICADO TENTADO. Tendo a prova evidenciado a participação do apelante na prática da tentativa de furto, dando cobertura aos seus comparsas enquanto estes subtraíam os objetos, deve ser mantida a sua condenação. **PROVA. DEPOIMENTO DE POLICIAIS MILITARES. VALIDADE.** Em face do sistema da livre convicção

motivada, o testemunho de policial militar é apto a ser valorado pelo juiz, em confronto com os demais elementos de prova. Aliás, seria incoerente e contrário aos objetivos da ordem jurídica, o Estado legitimar servidores públicos a prevenir e reprimir atividades delituosas e negar-lhes credibilidade no momento de convocá-los a relatar suas atividades em juízo. (...). (Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, Apelação Crime Nº 70018578013, Oitava Câmara Criminal, Relator: Marco Antônio Ribeiro de Oliveira, Julgado em 18/04/2007).

PENAL E PROCESSUAL PENAL – ROUBO CIRCUNSTANCIADO – DECLARAÇÕES DA VÍTIMA – Corroboradas pelos depoimentos dos policiais militares - Autoria. As declarações prestadas pela vítima, por estarem em consonância com os depoimentos firmes e coerentes dos policiais militares, fazem certa a autoria e ensejam a responsabilização penal do acusado. (Tribunal de Justiça do Distrito Federal – Processo nº 20040410066599 – 1ª Turma Criminal – Relator: Desembargador Sérgio Bittencourt, publicado no DJU 24/08/2005, p. 73).

As mencionadas testemunhas foram enfáticas ao apontarem os acusados como os autores da tentativa de roubo perpetrada contra a vítima. Senão, vejam-se os seguintes trechos de seus depoimentos:

(...); que a vítima foi abordada por dois e outros dois ficaram dando apoio; que o acusado Josiel estava armado com uma pedra e exigiu que a vítima entregasse a mochila e o tênis; que a vítima não quis entregar e então foi agredida com um soco e pedradas por parte dos assaltantes; que o depoente e a equipe de policiais realizaram a prisão dos envolvidos; que os acusados foram identificados e estavam na companhia de outros dois adolescentes; (...); que o roubo não se consumou porque a vítima não entregou seus pertences e correu, sendo perseguida; que diante dos fatos os acusados receberam voz de prisão e foram levados para a delegacia; (...). - Francisco Alan de Sousa Araújo – fls. 47/48.

(...); por volta das 12:30 horas foram solicitados por populares informando que havia quatro indivíduos tentando roubar um rapaz (vítima) na rua Antônio Justa; que se deslocaram até o local informado e lá chegando se depararam com a vítima e o pai desta e um dos acusados ainda discutindo, sendo logo detido; que saíram em diligência para prender os demais envolvidos, localizando-os na rua Frei Mansueto; que a vítima reconheceu, sem sombra de dúvida, os acusados como sendo os autores do delito; que a vítima disse que se recusou a entregar seus pertences e por isso foi perseguida e agredida com um soco e pedradas; que diante dos fatos os acusados receberam voz de prisão e foram conduzidos para a delegacia; que segundo a vítima os acusados estavam na companhia de dois adolescentes, sendo estes levados para a DCA; (...). – Mauro Vieira de Andrade – fls. 49/50.

Como se vê, os referidos policiais militares, além de corroborarem a versão apresentada pela vítima, relataram com exatidão como se deu a prática criminosa aqui tratada.

Efetivamente, o magistrado do feito, ao prolatar a sentença, o fez em consonância com as provas enfileiradas nos autos, que demonstram, indubitavelmente, o uso de violência e as ameaças praticadas pelos acusados e seus comparsas, ao tentarem subtrair os pertences da vítima, não conseguindo o seu intento por motivos alheios à sua vontade.

Conclui-se, portanto, que a sentença impugnada se mostra irretocável, pelo que deve ser mantida, por seus próprios fundamentos.

À vista do exposto, e em consonância com o parecer da douta Procuradoria Geral de Justiça conhece-se do apelo, por estarem presentes os pressupostos de sua admissibilidade, mas para negar-lhe provimento, mantendo-se a sentença recorrida, em todos os seus termos.

É como voto.

Fortaleza, 11/03/2008.

Nº 2005.0006.2979-2/1

APELAÇÃO CRIMINAL (de Quixeramobim)

APELANTE: EDGLEIDSON NOGUEIRA DE MIRANDA

APELADA: A JUSTIÇA PÚBLICA

RELATOR: DESEMBARGADOR LUIZ GERARDO DE PONTES BRÍGIDO

- **Apelação.**

- **Estelionato.**

- **“Os simplórios não podem ser deixados à mercê dos trapaceiros. Velhaco perigosíssimo é aquele que engana um minus habens ou um indivíduo reconhecidamente crédulo, tirando partido justamente da pouca resistência da vítima” (RTJSP nº 10/500).**

- **No caso, houve o animus de enganar, houve o logro, houve a vantagem ilícita e houve, enfim, a lesão patrimonial infligida à desmaliciosa vendedora de confecções.**

- **Provada, e bem, a autoria e tipificado o crime, confirma-se à condenação imposta ao apelante, reincidente na prática do ilícito e tão refinado tapeador que, se duvidarem, ele vende até a majestosa barragem do Quixeramobim, terra onde vive.**

- **Decisão unânime.**

Vistos, relatados e discutidos.

1- Sentenciado a 2 anos de reclusão, a regime aberto, por estelionato, apela o sobrenomeado. É inocente e o órgão acusador não conseguiu provar a sua culpabilidade, aduz, pelo que o provimento singular encerra error in iudicando, a merecer reforma. Com a resposta da promotoria, que preconiza a confirmação do que decido no 1º Grau, subiram os autos. A PGJ é pelo improvimento do recurso.

Relatório, a curto.

2- Edgleidson, o apelante, é daqueles que nasceu para tapear os tolos. Sua filosofia de vida é a de que “os vivos são cada vez mais governado pelos mais vivos”, como dizia o legendário humorista Apparício Torelly, o “Barão de Itararé”, em remendo de gozação à sentença espírita de que “os vivos são cada vez mais governados pelos mortos”. Edgleidson já é conhecido em Quixeramobim por suas danações. Possui condenações corridas em julgado por furto e estelionato, mas o que ele gosta mesmo não é de furtar, é de ganhar dinheiro à custa dos incautos, de ser estelionatário. Já o viram gabar-se de que recebeu muita propina de infratores que acreditaram ser ele fiscal da receita federal, policial ou ... guarda-florestal. É tão destabocado e tão compenetrado da sua refinada capacidade de

enganar que, se duvidarem, ele vende a grandiosa ponte da sua cidade ou a imponente barragem do Quixeramobim.

Os autos historiam outro cambalacho praticado pelo vivaldino. A 9 de março de 2005 adentrou ao estabelecimento de dona Marleide Ricardo Tomé, pequena negociante de confecções na aludida cidade. Jeitoso, simpático, apresentou-se como irmão e gerente do fornecedor da micro-empresária, ganhando-lhe, na lábia, a confiança. Foi, então, que ela, bestamente, abriu a guarda. Estava com umas blusas femininas e infantis “encalhadas”. Bastou. Fingindo-se de solícito, o tratante disse-lhe que dona Marleide não se preocupasse. Ele, Edgleidson, levaria essas peças e, melhor, quando a comerciante renovasse o estoque, adquirindo, para revenda, novas mercadorias ao “irmão”, receberia a devida compensação financeira pela devolução. Tiro e queda. Só depois que o meliante foi embora, descobriu a negociante que havia sido lesada. O tratante não era irmão do comerciante coisíssima alguma. E que havia tomado um prejuízo, quase cento e cinquenta Reais, muito para a coitada, tanto assim que “só faltou ficar louca”.

Investigado o golpe, menos de quarenta e oito horas depois da sua consumação, deu-se a identificação do apelante como o autor do estelionato. Denunciado e processado, negou, e continua a negar, de mãos postas, à moda rato de sacristia, a autoria do ilícito, à lembrança de que não foram achadas em seu poder as confecções recebidas da comerciante lesada. Semelhante tipo de atitude é muito própria dos estelionatários. Traçando-lhes o perfil psicológico, escreveu Cesare Lombroso que eles “são hipócritas, com doce ar de benevolência, ..., muitas vezes dementes ou simuladores de demência” (in *O Homem Delinqüente*, trad. de Sebastião José Roque, Ícone Editora, p. 142).

“Simulação de demência”, eis em que consiste a negativa de autoria a que inutilmente se apegava Edgleidson. Deveras, ele foi reconhecido na polícia e em juízo pela desmaliciosa dona Marleide. Crédula, sim; cega, não. E, da mesma forma, por um cidadão que o viu no estabelecimento da vítima, conversando amistosamente com ela, antes de rodar nos calcanhares com as mercadorias alheias.

A prova da culpabilidade do recorrente é limpa e segura. E tipificou-se o estelionato, para cuja consumação é prescindível a recuperação ou a apreensão da coisa em poder do agente. Houve, *in casu*, o ânimo de enganar, houve o logro, houve a vantagem ilícita e, concomitantemente, a lesão patrimonial infligida à desavisada vendedora de confecções. Para esta um consolo: a resposta penal, consubstanciada na condenação de Edgleidson. Merecidíssima, por sinal.

3- Do que posto, ACORDA a 1ª CÂMARA CRIMINAL do TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO CEARÁ, à unanimidade, em conhecer da apelação, todavia para desprovê-la, confirmada, em consequência, a sentença impugnada, nos termos do voto do Relator.

Fortaleza, CE, 15 de abril de 2008.

**N.º 2000.15.1217-0: APELAÇÃO CRIME (FORTALEZA).
APELANTE: JOSÉ EDVARDO ARAÚJO SILVA .
APELADA: A JUSTIÇA PÚBLICA.
RELATORA: DESª. HUGUETTE BRAQUEHAIS.**

EMENTA: APELAÇÃO CRIMINAL – CRIME DE ROUBO QUALIFICADO – MATERIALIDADE COMPROVADA – AUTORIA DEMONSTRADA PELO RECONHECIMENTO FEITO PELA VÍTIMA, CORROBORADO PELA PROVA TESTEMUNHAL – TESE DE CRIME CONTINUADO EM DETRIMENTO DO CONCURSO MATERIAL – INADMISSIBILIDADE – ADOÇÃO DA TEORIA OBJETIVA - SUBJETIVA – HABITUALIDADE CRIMINOSA QUE SEDISTINGUE DA CONTINUALIDADE DELITIVA - DECISÃO MONOCRÁTICA DEVIDAMENTE FUNDAMENTADA – RÉU CONDENADO A PENAS QUE, UMA VEZ SOMADAS, ATINGIRAM O TOTAL DE 16 ANOS E OITO MESES DE RECLUSÃO - APLICAÇÃO DA PENA-BASE MUITO ACIMA DO MÍNIMO LEGAL –INEXISTÊNCIA DE CIRCUNSTÂNCIAS QUE PODERIAM AUTORIZÁ-LO – UTILIZAÇÃO DO CONCURSO MATERIAL COMO FUNDAMENTAÇÃO – BIS IN IDEM - RECONHECIMENTO NA SENTENÇA DE QUE NÃO HÁ REGISTRO DE CRIMES ANTERIORMENTE PRATICADOS E QUE SEJA O RÉU PORTADOR DE MAUS ANTECEDENTES – PENA EXACERBADA E

MERECEDORA DE REPARO – RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.**A C Ó R D Ã O**

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de ação penal, em que se interpõe apelação, acordam os Desembargadores da 2ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, por votação unânime, em conhecer do recurso para provê-lo parcialmente, reduzindo a pena imposta ao réu, em conformidade com o voto da Relatora.

R E L A T Ó R I O

Trata-se de recurso de apelação interposto pela defesa de JOSÉ EDVARDO ARAÚJO SILVA, com fulcro no art. 593, inciso II, do Código de Processo Penal, por não se conformar com a decisão proferida pelo MM. Juiz de Direito da Vara Única da comarca de Marco/CE, que o condenou como incurso nas sanções do art. 157, § 2º, incisos I (emprego de arma) e II (concurso de duas ou mais pessoas), do Código Penal vigente, a uma pena de 16 (dezesesseis) anos e (08) oito meses de reclusão.

Consta na inicial delatatória, pelo que se pode perceber, que no dia 23 de maio de 1998, por volta da 02h00min, o acusado, munido de revolver (conforme auto de apresentação e apreensão de fl. 46), assaltou o Posto de Gasolina “Aguiar”, localizado no Triângulo de Marco, naquele Município, levando a importância de R\$ 230,00 (duzentos e trinta reais).

Narra, ainda a peça propedêutica, que dois dias após aquele fato criminoso, o mesmo acusado efetivou nova empreitada delituosa contra o sobredito estabelecimento comercial, desta feita acompanhado de um comparsa de nome “Zé Airton”, e de lá se assenhoreou da quantia R\$ 130,00 (cento e trinta reais).

Efetuada as diligências policiais em torno do aludido fato, foram os autos do inquérito remetidos ao Judiciário, nele se fundamentando o Ministério Público para formular a retro mencionada peça de acusação.

A ação penal, que se instaurou a partir do recebimento dessa peça, tramitou, pode-se dizer, normalmente, tendo sido o réu citado e interrogado na forma da lei (fls.66/66v), após o que foi apresentada a sua defesa prévia (fls. 68/69), apontando-se o respectivo rol de testemunhas.

Realizada a instrução processual, foram apresentados os memoriais de acusação (fl. 147) e os de defesa (fls. 150/159) e, por fim, proferida a sentença que, como reportado anteriormente, condenou o acusado a uma pena de 16 (dezesseis) anos e 08 (oito) meses de reclusão (cf. fls. 160/165).

Inconformado com o resultado do julgamento, o acusado JOSÉ EDVARDO ARAÚJO SILVA, por intermédio do Dr. Geraldo Magela Rios Filho, tratou de ofertar o seu recurso, conforme se verifica às fls. 168/169, encontrando-se as razões respectivas às fls. 170/177, no contexto das quais, em resumo, pede a redução da pena que lhe foi imposta, por entender que se tratou de crime continuado e não, de concurso material, conforme disposto na sentença recorrida.

As contra-razões da Promotoria de Justiça foram ofertadas às fls. 180/183, propugnando-se pelo desprovimento do apelo.

A douta Procuradoria Geral de Justiça, em parecer esboçado às fls. 192/193, manifestou-se pela manutenção da sentença atacada, posto que ditada, segundo seu entendimento, em plena consonância com a prova coletada aos autos.

Era o que tínhamos a relatar, determinando remessa dos autos ao D.D. Revisor para os devidos fins.

VOTO

Feito o devido exame dos autos, há de se dizer, para começar, que o recurso aqui existente foi interposto tempestivamente, sendo cabível na espécie, daí merecendo que seja conhecido.

Em seguida, cumpre-nos analisar o conteúdo das razões recursais para se saber até onde, eventualmente, pode ser atendida a pretensão esboçada por seu autor.

Como única pretensão, tem-se a redução da pena imposta na sentença, ao argumento de que os crimes imputados ao réu/apelante foram praticados de forma continuada e não, em concurso material.

No que diz respeito à materialidade e à autoria desses crimes, merece destacarmos que citado réu/apelante tentou se retratar em juízo, porém de maneira absolutamente infértil, (confirmou que tinha praticado furto e não roubo) eis que sua retratação, somada ao reconhecimento feito pela vítima e aos informes prestados pelas testemunhas, só serviu mesmo

para mostrar que fora ele quem praticara tais ilícitos.

Já no que tange à classificação desses ilícitos, se em concurso material ou em forma continuada, vejamos o que verberam os artigos 69 e 71 do nosso Estatuto Repressivo, *in verbis*:

“Art. 69 - Quando o agente, mediante mais de uma ação ou omissão, pratica dois ou mais crimes, idênticos ou não, aplicam-se cumulativamente as penas privativas de liberdade em que haja incorrido. No caso de aplicação cumulativa de penas de reclusão e de detenção, executa-se primeiro aquela. (...)”

“Art. 71 – Quando o agente, mediante mais de uma ação ou omissão, pratica dois ou mais crimes da mesma espécie e, pelas condições de tempo, lugar, maneira de execução e outras semelhantes, devem os subsequentes ser havidos como continuação do primeiro, aplica-se-lhe a pena de um só dos crimes, se idênticas, ou a mais grave, se diversas, aumentada, em qualquer caso, de um sexto a dois terços.

Como é de curial sabeiça, o crime continuado é uma ficção jurídica, pois, na realidade, há uma pluralidade de delitos, mas o legislador, por uma atitude benevolente, fez consignar que eles constituiriam um só crime, isso para efeito, apenas, de sanção penal.

Seus requisitos seriam então: a) pluralidade de crimes da mesma espécie; b) condições objetivas semelhantes; c) unidade de desígnio. No que diz respeito a este último requisito, há parte da doutrina que entende que o Código Penal adotou a teoria puramente objetiva e outra parte que defende ser inadmissível crime continuado sem vontade de praticar os delitos em continuação, pois, do contrário, se estaria equiparando a continuidade delitiva à habitualidade no crime.

Damásio Evangelista de Jesus, discorrendo sobre o assunto, assevera que “para a configuração do crime continuado não é suficiente a satisfação das circunstâncias objetivas homogêneas, sendo de exigir-se, além disso, que os delitos tenham sido praticados pelo sujeito aproveitando-se das mesmas relações e oportunidades ou com a utilização de ocasiões nascidas da primitiva situação. (JESUS, Damásio E. de. Direito Penal. 25.ed. São Paulo, Saraiva. V. 1. p.606).

No caso em alteração, entendemos se tratar de habitualidade e não, de continuação delitiva, pois houve uma sucessão planejada de roubos. O próprio réu confessou que, no primeiro caso, passou o dia bebericando e no início da madrugada foi ao Posto Aguiar e de lá se assenhoreou do dinheiro que se achava com o frentista. Acrescentou, ainda, que deixou parte desse dinheiro em casa e prosseguiu a ingerir bebidas alcoólicas nas cidades circunvizinhas. Posteriormente, ao retornar à cidade de Marco, dessa feita em companhia de outro elemento, dirigiu-se ao referido Posto de Combustível e de lá se apossou de nova quantia em dinheiro.

Não houve, deste modo, uma sucessão circunstancial de crimes, mas, sim, repita-se, uma sucessão planejada de crimes.

Para melhor ficar compreendida a distinção entre crime continuado e habitualidade criminosa, servimo-nos dos pertinentes ensinamentos do mestre Fernando Capez (CAPEZ, Fernando. Curso de Direito Penal : parte geral, vol. 1 – 7ª ed. rev. Atual. – São paulo : Saraiva, 2004. p. 480.)

“A habitualidade é incompatível com a continuidade. A primeira recrudescer, a segunda ameniza o tratamento penal. Em outras palavras, a culpabilidade (no sentido de reprovabilidade) é mais intensa na habitualidade do que na continuidade. Em sendo assim, jurídico-penalmente, são situações distintas. Não podem, outrossim, conduzir ao mesmo tratamento. O crime continuado favorece o delinqüente. A habitualidade impõe reprovação maior de que a pena é expressão, finalidade (CP. Art. 59, in fine) estabelecida segundo seja necessária e suficiente para reprovação e prevenção do crime. Na continuidade há sucessão circunstancial de crimes. Na habitualidade, sucessão planejada, indiciária do modus vivendi do agente. Seria contraditório, instituto que recomenda pena menor ser aplicada à hipótese que reclama sanção mais severa. Conclusão coerente com interpretação sistemática das normas do Código Penal”.

Outro fato que não poderia passar despercebido no caso e que, por si só, no nosso modo de entender, afasta inteiramente a possibilidade

de ter havido uma continuidade delitiva, diz respeito ao modo de execução dos crimes, posto que, da primeira vez, o apelante agiu sozinho e, da segunda, fê-lo com um comparsa, mostrando que não houve unidade de desígnios (RT, 528/384).

É importante, também que se observe o fator tempo, pois, os crimes de que aqui se trata foram cometidos em duas ocasiões inteiramente diferentes, ou para sermos mais precisos, em datas diferentes.

O mestre Nelson Hungria, a esse respeito, afirma que a conexão temporal traduz-se em “certa continuidade no tempo (exemplo: o ladrão, no curso de uma noite, subtrai, de vários quartos de um hotel, objetos pertencentes aos diversos hóspedes) ou, pelo menos, uma ‘periodicidade’ tal, que não iniba de se observar um ‘certo ritmo’ (como diz Meyer) entre as ações sucessivas (exemplo: o agente, várias vezes, no decorrer de um mês, abusa de uma menor).

A esse respeito, porque pertinentes e valiosos, trazemos ainda à colação os seguintes pronunciamentos dos Tribunais pátrios:

EMENTA: “Para a caracterização da continuidade delitiva é imprescindível o preenchimento dos requisitos objetivos (mesmas condições de tempo, espaço e modus operandi) e subjetivo (unidade de designios)”. (STJ – Rel. Min. Gilson Dipp – Resp 819743/PR).

EMENTA: “PENAL. HABEAS CORPUS. ROUBO E EXTORSÃO. DELITOS DE ESPÉCIE DISTINTA. CONTINUIDADE DELITIVA AFASTADA PELO TRIBUNAL AD QUO. APLICAÇÃO DA REGRA DO CONCURSO MATERIAL. DOSIMETRIA DA PENA QUE ATENDE AOS CRITÉRIOS LEGAIS. ORDEM DENEGADA.

1. A dosimetria da pena atende aos critérios previstos no Código Penal, na medida em que afastou o reconhecimento do crime continuado entre os delitos de roubo e extorsão praticados pelo paciente, aplicando, em contrapartida, a regra do concurso material.

2. Ordem denegada”. (STJ - Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima – HC Nº 46.884/PR).

EMENTA: “ RESP - PENAL – EXECUÇÃO PENAL – CRIME CONTINUADO – PENA – UNIFICAÇÃO – HABITUALIDADE CRIMINOSA – O CRIME CONTINUADO É MODALIDADE DE CONCURSO MATERIAL. O CÓDIGO PENAL SUFRAGOU A TEORIA OBJETIVA (ART. 71). (LEVAM-SE EM CONTA AS CONDIÇÕES DE TEMPO, LUGAR, MANEIRA DE EXECUÇÃO E OUTRAS SEMELHANTES PARA OS CRIMES SUBSEQÜENTES SER HAVIDOS COMO CONTINUAÇÃO DO PRIMEIRO).” (STJ – Rel. Min. Luiz Vicente Cernicchiaro – Resp 54834/SP)

Portanto, tendo sido a ação delituosa praticada em momentos distintos, aparecendo aí a figura da habitualidade, ficou evidente se tratar de crimes de roubo em concurso material, decorrendo daí a coerência da sentença condenatória que somente não se mostrou irreprochável em virtude de equívocos cometidos na aplicação da pena.

Com efeito, por mais que nos pareça revoltante o comportamento adotado pelo acusado, temos que reconhecer que a reprimenda que lhe foi imposta na sentença condenatória de primeiro grau foi por demais severa, chegando ao ponto de ultrapassar os dezesseis anos, quando, para crimes muito mais graves, como é o caso do homicídio duplamente qualificado, a penalidade aplicada, não raras vezes, vem sendo aplicada abaixo disso.

Observando detidamente a fixação da pena-base, verificamos que o Magistrado reconheceu que o apelante gozava de boa conduta, não registrava antecedentes criminais, e portanto, tão-somente, se apegou à sucessiva prática infracional dupla, para fixá-la além do mínimo legal.

Para tanto, aliás, o MM. Juiz considerou a prática de dois crimes – concurso material – aplicou duas penas e fixou a pena-base de cada uma além do mínimo legal, um verdadeiro bis in idem.

Recomenda a jurisprudência, entretanto, que a pena-base seja sempre igual à mínima, a não ser que haja motivos suficientes para se proceder de outra forma, o que não pode deixar de ser mencionado na sentença.

Vejamos alguns exemplos:

EMENTA: “Em se tratando de réus primários, de bons antecedentes, sem que as suas condutas representem perigos à coletividade, justifica-se a aplicação da pena-base, no mínimo legal” (STJ – RE – Rel. Fláquer Scartezini – RJD 9/281)

EMENTA: “Quando as circunstâncias judiciais do art. 59 do CP forem favoráveis ao réu, a pena não deve se afastar do mínimo legal. Na fixação da pena, o Juiz deve pautar-se pelos critérios legais para ajustá-la ao seu fim social e adequá-la ao réu” (TJMT – AC – Rel. Carlos Avallone – RTJE 115/229).

EMENTA: “Diante de vida pregressa irreprovável, o Juiz deve, tanto quanto possível e quase sempre o será, fixar a pena-base no mínimo previsto para o tipo, contribuindo, com isso, para a desejável ressocialização do condenado”(STF – HC – Rel. Marco Aurélio – RT 731/497).

Diante de todo o exposto, não nos resta outra alternativa senão corrigirmos o quantum da reprimenda, fixando, para o primeiro delito cometido, (art. 157, §2º, inciso I, do Código Penal Brasileiro) a pena base de 04 (quatro) anos de reclusão (mínimo legal), que é igual a 48 meses, aumentando-a de 1/3, ou seja, de 16 meses, para ficar definitivamente fixada em 64 meses ou 5 anos e quatro meses de reclusão, à falta de atenuantes, agravantes ou quaisquer outras causas de aumento ou diminuição de pena.

Já no que diz respeito ao segundo delito (art. 157, §2º, incisos I e II, da Lei Repressiva Pátria Código Penal Brasileiro) fixamos a pena em 05 (cinco) anos de reclusão, que é igual a 60 meses (utilizando uma das qualificadoras para sair do mínimo legal), aumentamos essa pena de 1/3, ou seja, de 20 meses, para daí ficar definitivamente fixada em 80 meses ou seis anos e oito meses de reclusão, à falta, também, de atenuantes, agravantes ou outras causas de diminuição de pena.

No que tange a pena de multa, resolvemos deixá-la intacta, por ter sido condizente com os poderes aquisitivos do apelante.

Em cumprimento ao art. 69 da Lei Substantiva Pátria, somamos as penas aplicadas ao réu, perfazendo um total de 12 anos de reclusão que devem ser cumpridos, inicialmente, sob o regime fechado (art. 33, §2º, alínea “a”, do Código Penal Brasileiro).

Ex positis, em discordando, parcialmente, do parecer da douta Procuradoria-Geral de Justiça, emitimos o nosso voto no sentido de dar parcial provimento ao recurso interposto, para reduzir a pena aplicada ao réu, de 16 (dezesesseis) anos e 08 (oito) meses de reclusão, para 12 (doze) anos de reclusão.

É como votamos.

Fortaleza, 03 de setembro de 2007.

Desaforamento

Nº 2003.0003.4870-3/0

PROCESSADO DE DESAFORAMENTO DE CHOROZINHO

REQUERENTES: JOSÉ MARIA DE LIMA E FRANCISCA ANGELA PEREIRA DA SILVA

REQUERIDA: A JUSTIÇA PÚBLICA

RELATOR: DES. LUIZ GERARDO DE PONTES BRÍGIDO

- **Meras conjecturas, sem lastro de provas concretas quanto à imparcialidade dos jurados, não autorizam o desaforamento.**
- **Súplica indeferida.**
- **Uno consensu.**

Vistos, relatados e discutidos os autos acima identificados.

1 – José Maria de Lima e Francisca Ângela Pereira da Silva, pronunciados por homicídio doloso no trânsito, intentam evitar seu julgamento pelo Tribunal do Júri de Chorozinho, arguindo a tendenciosidade do Conselho de Sentença.

Segundo dizem, o crime, ocorrido na noite de 6 de novembro de 1998, que vitimou Gláucia Régia de Oliveira, Miriam Batista de Lima e Benedita de Oliveira Falcão, pessoas queridas na comunidade, provocou grande comoção, fato que traduz situação configuradora de eventual parcialidade dos jurados.

O sumariante e a promotoria, ouvidos, desaprovam a sujeição dos réus ao Júri de outra comarca.

Instada, a PGJ opina pelo deferimento da súplica.

É o relatório, em estreita versão.

2 – O requerimento, isolado, não trouxe à colação nenhuma prova em relação à suposta falta de isenção dos jurados, seja em ligação de parentesco, amizade, submissão patrimonial ou mesmo temor de represálias que justifiquem a medida excepcional. Antes demorou-se, e tão-somente, em expender convicções rasas e induções subjetivas acerca do rancor da comunidade pelos réus, sentimento natural e atenuável pelo correr dos anos, e aqui já se foram mais de sete, que sempre existirá, principalmente em comunidades pequenas, diante da natureza de certos delitos.

Consoante já definiu o STF, em aresto aplicável, às inteiras, a espécie sub examine, “A mera alegação de parcialidade dos jurados, desacompanhada de qualquer comprovação idônea e eficaz, não basta para justificar o desaforamento” (1ª T., HC nº 70.228/MS, rel. Min. Celso de Mello, in DJU de 04/06/1993, p. 11.013).

Outrossim, o pedido colide, e frontalmente, com a informação do magistrado, que, coadjuvado pelo órgão acusador, fez sentir a inconsistência da

medida pretendida. E ninguém melhor “que a autoridade judiciária encarregada de presidir o julgamento para informar a realidade da situação ao Tribunal, pois tanto a ordem pública, como a segurança do réu e até mesmo a imparcialidade dos jurados são do seu conhecimento direto”, devendo prevalecer esse entendimento (v. GUILHERME DE SOUSA NUCCI, in CPP Comentado, 5ª ed., RT, 2006, p. 744).

Reforça a conclusão, e quadra no particular, oportuna observação vertida por MARGARINO TORRES, citado por HERÁCLITO ANTÔNIO MOSSIM, a lembrar que “embora exaltada a população local contra ou a favor do réu, sempre é possível, pelas recusações em plenário e pelo processo de suspeição prévia, selecionarem-se para o conselho julgador os homens com alguma isenção de ânimo, ou os mais prudentes capazes de ouvir razões” (in Comentários ao CPP, Manole, 2005, p. 833).

3 – Nessas condições, ACORDAM as CÂMARAS CRIMINAIS DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO CEARÁ, à unanimidade e contra o parecer da PGJ, em conhecer do pedido, mas para negar o pretendido desaforamento.

Fortaleza, 14 de junho de 2006.

**Nº 2008.0004.0088-9/0 PROCESSADO DE DESAFORAMENTO
COMARCA: JUAZEIRO DO NORTE
REQUERENTE: O REP. DO MINISTÉRIO PÚBLICO
REQUERIDOS: RAIMUNDO NUNES DA SILVA
WALDIR NUNES MATIAS
ERIVALDO NUNES BRAZ
RELATOR: DES. EYMARD DE AMOREIRA**

EMENTA: PROCESSUAL PENAL – PROCESSADO DE DESAFORAMENTO – INTERESSE DA ORDEM PÚBLICA E DÚVIDA SOBRE A IMPARCIALIDADE DOS JURADOS.

1. De outra sorte, uma vez sendo o próprio dominus litis o requerente, com o acorde do presidente do Tribunal do Júri que, alcança, segundo a mais abalizada doutrina e jurisprudência sobre o tema, o perfil necessário ao seu destreame, neste sentido: “Jurisprudência dos Tribunais – STF – inclusive tem invariavelmente salientado, em tema de desaforamento, a importância das informações prestadas pela autoridade judiciária de 1º grau no esclarecimento da ocorrência ou não, das circunstâncias referidas no art. 424 do CPP. O

pronunciamento do Magistrado constitui, nesse contexto, um elemento essencial e virtualmente condicionante da decisão a ser proferida pelo Tribunal competente na apreciação do pedido de desaforamento” (STF – HC – Rel. Celso de Melo – RT 663/364).

2. De tal sorte que, o pedido tem espeque na norma do artigo 424 do Código de Processo Penal, segundo a qual, se o interesse da ordem pública o reclamar, ou houver dúvida sobre a imparcialidade do júri ou a segurança pessoal do réu, o Tribunal, a requerimento de qualquer das partes ou mediante representação do Juiz, e ouvido sempre o Procurador-Geral, poderá desaforar o julgamento para a comarca mais próxima, onde não subsistam aqueles motivos, após informação do Juiz, se a medida não tiver sido solicitada, de ofício, por ele próprio.

3. Processado deferido. Decisão unânime.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de processado de desaforamento em que é requerente o representante do Ministério Público e requeridos Raimundo Nunes da Silva, Waldir Nunes Matias e Erivaldo Nunes Braz.

Acordam as Câmaras Criminais Reunidas, por unanimidade de votos, em deferir o pedido para desaforar o julgamento dos requeridos para a Comarca de Fortaleza, em compasso com o parecer da douta Procuradoria Geral de Justiça.

O representante do Ministério Público sediado na comarca de Juazeiro do Norte, com exercício na 1ª Vara, ajuizou o presente processado de desaforamento do julgamento dos réus Raimundo Nunes da Silva, Valdir Nunes Matias e Erivaldo Nunes Braz, em face de se encontrarem pronunciados e libelados nas penas do artigo 121, § 2º, I e IV, art. 121, § 2º I e IV c/c art. 14, inciso II (duas vezes) c/c 29, todos do Código Penal Brasileiro, contudo, sem condições de um julgamento imparcial.

Sustenta, como suporte fático e jurídico para o sucesso do desaforamento em foco, o interesse da ordem pública, bem assim assegurar isenção na respectiva apreciação por parte do futuro Conselho de Sentença, haja vista fundadas dúvidas acerca da imparcialidade do Tribunal Popular do Júri da comarca, decorrente do elevadíssimo grau de periculosidade dos acusados.

O Juiz da comarca, ao prestar suas informações acerca do pedido, acompanhou o discurso Ministerial acrescentando, inclusive, outros motivos relacionados à necessidade premente do desaforamento dos réus (fs.02/04).

Comparecendo aos autos, a defesa do requerido Erisvaldo Nunes Braz, concordou com o Ministério Público, enquanto a defesa dos outros requeridos protestaram contra o deslocamento do Júri Popular para esta comarca

(fs.1020/1021 e 1022 e 1026).

Parecer da douta Procuradoria Geral de Justiça às fs.1090/1095, opinando pelo deferimento do pedido.

É o relatório.

A princípio, temos que o processado trata de mais um homicídio ocorrido no município de origem, sem muita importância para a população ou mesmo a mídia, isso, considerando o alarmante aumento da criminalidade reinante em nosso país. Contudo, não é o que deduzo dos autos, como doravante passarei a demonstrar.

Trata-se do quarto crime de morte, todos por vingança, perpetrados por grupos familiares, o que por si só já demonstra a necessidade do deslocamento do júri.

Deveras, os requeridos no dia 27 de dezembro de 2006, a tiros de revólver homicidaram a pessoa de Lucivan da Silva com o objetivo de vingar a morte de José Roberto Nunes da Silva, que teria sido assassinado em 16 de dezembro de 2006, na Chácara Mathilde, na comarca de Barbalha, por Leonardo Gonçalves Matos, conhecido pela alcunha de “Leo Boca de Lata” e pelas pessoas conhecidas como “Betinho” e “Ramon”. Por sua vez, “Leo Boca de Lata”, “Betinho” e “Ramon”, assim procederam para vingar a morte de Francisco Edilberto Cavalcante de Souza, irmão de “Betinho” que teria sido assassinado, em 27 de novembro de 2006, por José Roberto Nunes da Silva.

Lucivan da Silva, a última vítima, no dia em que José Roberto Nunes da Silva foi assassinado, esteve na companhia de “Leo Boca de Lata”, “Betinho” e “Ramon”, razão por que os requeridos decidiram matá-lo.

No dia 28 de novembro próximo passado, foi designado o julgamento do co-réu Erisvaldo Nunes Braz, quando alguns jurados solicitaram audiência com o Juiz para denunciar que estavam sendo pressionados pela presença de familiares dos requeridos, mas nenhum dos jurados revelou terem sido procurados por essas pessoas ou amigos delas, razão pela qual, após algumas explicações do Magistrado, este decidiu dar início a sessão de julgamento, cujos trabalhos, apesar do tumulto criado por parentes do réu, atingiu seu desiderato.

Por fim, no dia 06 de dezembro último, data em que seriam julgados Waldir Nunes Matias e Raimundo Nunes da Silva, mais uma vez, seus familiares e amigos, em número bastante expressivo, compareceram ao fórum da comarca, vestidos com blusas em que solicitavam a absolvição dos acusados. Também, registre-se que uma jurada foi abordada por eles, razão pela qual pediu sua dispensa do julgamento, assim como os demais, por estarem sob temor frente ao comportamento explosivo daquelas pessoas.

Segundo o órgão requerente, a astúcia dos envolvidos ainda se evidencia na medida em que tiveram a ousadia de procurar intimidar os jurados e afrontar diretamente o representante do Ministério Público, inclusive, danificando seu veículo Honda Civic, mesmo estacionado dentro do Fórum.

O Juízo ao destacar, dentre muitos, os motivos da necessidade do deslocamento do Júri dos requeridos, assim discursou, verbis: “ Informo, outrossim, que, momentos antes da abertura dos trabalhos, fui procurado por uma jurada que pediu para conversar reservadamente em meu gabinete. Segundo referida jurada, que pediu para não ser identificada, ela queria ser dispensada de participar do julgamento, visto que tinha sido abordada por familiares dos acusados quando estava chegando ao fórum, ressaltando, inclusive, que conhecia alguns familiares dos acusados” (fs.03).

À vista do exposto é factível concluir pelo temor do Conselho de Sentença e/ou parcialidade dos seus componentes para julgar os réus pelos seus crimes.

De outra sorte, uma vez sendo o próprio dominus litis o requerente do desaforamento do julgamento dos requeridos, com o acorde do presidente do Tribunal do Júri que, alcança, segundo a mais abalizada doutrina e jurisprudência sobre o tema, o perfil necessário ao seu destreame, neste sentido:

“Jurisprudência dos Tribunais – STF – inclusive tem invariavelmente salientado, em tema de desaforamento, a importância das informações prestadas pela autoridade judiciária de 1º grau no esclarecimento da ocorrência ou não, das circunstâncias referidas no art. 424 do CPP. O pronunciamento do Magistrado constitui, nesse contexto, um elemento essencial e virtualmente condicionante da decisão a ser proferida pelo Tribunal competente na apreciação do pedido de desaforamento” (STF – HC – Rel. Celso de Melo – RT 663/364).

Assim é que, o pedido tem espeque na norma do artigo 424 do Código de Processo Penal, segundo a qual, se o interesse da ordem pública reclamar, ou houver dúvida sobre a imparcialidade do júri ou a segurança pessoal do réu o Tribunal, a requerimento de qualquer das partes ou mediante representação do Juiz, e ouvido sempre o Procurador-Geral, poderá desaforar o julgamento para a comarca mais próxima, onde não subsistam aqueles motivos, após informação do Juiz, se a medida não tiver sido solicitada, de ofício, por ele próprio.

Diante do exposto, de par com o parecer do Grão-Parquet, defiro o pedido de desaforamento do julgamento dos requeridos para a comarca de Fortaleza.

É como voto.

Fortaleza, 26 de março de 2008.

Habeas Corpus

Nº 2007.0033.4809-0/0

HABEAS CORPUS (de Fortaleza)

IMPETRANTES: FRANCISCO CLÁUDIO BEZERRA DE QUEIROZ e OUTROS

PACIENTES: SANDRA MARIA DE OLIVEIRA, STEFÂNIO

HENRIQUE DE OLIVEIRA, FRANCIANE DE MENESES

RODRIGUES, JOZEANE DE AZEVEDO SOARES e

ROBERTO JORGE CABRAL REBOUÇAS

IMPETRADA: JUÍZA DE DIREITO DA 4ª VARA CRIMINAL DE FORTALEZA

RELATOR: DES. LUIZ GERARDO DE PONTES BRÍGIDO

-Habeas corpus.

-O indeferitório da liberdade provisória dos pacientes, presos em flagrante por golpe contra a saúde pública, motivado, quantum satis, na constatação de que a soltura deles, incriminados, esbarra em circunstância operante da prisão preventiva, não perfaz arbitrariedade ao direito de ir e vir dos coactos. Resultou, antes, de evidências circunstanciais de que é de premência mantê-los encarcerados, para a salvaguarda da coletividade.

-Ordem denegada à unanimidade.

Vistos, relatados e discutidos os autos acima identificados.

1 – Impetração direcionada à soltura dos sobrenomeados, presos em flagrante e co-indiciados por infração aos art. s. 171 (estelionato), 288 (formação de quadrilha) e 313-A (inserção de dados falsos em sistema de informações), todos do CP, alegando-se, em suma, que eles, coactos, têm direito à liberdade provisória, negada, todavia, pela juíza da causa mediante decisão desmotivada, pelo que vivenciam arbitrariedade injurídica corrigível pelo habeas corpus.

Liminar indeferida.

À vista da farta documentação apresentada, foram dispensados os informes de praxe.

Parecer da PGJ pela concessão da ordem impetrada.

É o relatório.

2 – De saída, a relembração do que escreveu Cícero (106-43 a. C.),

no cap. 41 do livro I do *De Officiis*: “Duas ainda são as maneiras com as quais se pode fazer injustiça: a violência e a fraude; a fraude é própria da raposa e a violência do leão; ambas são contrárias a natureza humana, mas a fraude desperta maior repulsão”.

Faz alguns meses, a polícia civil desencadeou uma operação, batizada de “Paciente Fantasma”, para apurar denúncias de falsificação de dados em guias de internação que eram encaminhadas à central do SUS, para cobrança de tratamento em pacientes que nunca existiram. As investigações culminaram, no início de dezembro de 2007, com a desarticulação de uma quadrilha que agia, há quase dois anos, no Instituto de Medicina Infantil (I.M.I), presos em flagrante o dono do hospital e mentor do esquema, Roberto Jorge Cabral Rebouças, detentor de péssimos antecedentes por seu envolvimento em inúmeros procedimentos criminais, tanto na Justiça Federal como Estadual, e os demais pacientes, todos funcionários do sobredito nosocômio.

Segundo a disquisição policial, Jozeane de Azevedo Soares, coordenadora do setor de faturamento do hospital, encaminhava os prontuários com nomes de pacientes “fantasmas” à Central de Leitos da Secretaria de Saúde do Município de Fortaleza garantindo, com a fraude, a cota mensal de R\$ 140.000,00, repassada pelo SUS. Os outros incriminados, conforme por eles mesmos confessado, tinham a função de falsificar os dados contidos em dois documentos: Laudo Médico (LM) e guias de Autorização para Internação Hospitalar (AIH), inserindo no sistema do SUS nomes fictícios e anexando às guias de internamento radiografias de outras pessoas. Até os leitos e enfermarias eram “inventados” pela quadrilha que forjava também, há suspeitas, carimbos e assinaturas de médicos.

As internações fraudulentas - que garantiam ao hospital R\$ 541,00 por paciente - duravam sempre uma média de quatro dias, pelo que o golpe, que vinha sendo praticado há quase dois anos, pode alcançar à cifra de R\$ 2 milhões de Reais, segundo previsão do presidente do inquérito.

No caso, ao se defrontar com o pedido de liberdade provisória, a magistrada indeferiu-o na constatação de que a soltura dos pacientes esbarra em circunstância operante da prisão preventiva, não se erigindo, assim, em restrição injurídica ao status libertatis deles, coactos. Resultou, antes, da concretude de evidências circunstanciais de que é de premência mantê-los encarcerados, a menos que se queira por em risco a ordem pública, conforme clarejado na decisão invectivada:

“A percepção emergente do contido nos autos é que a cautela se faz necessária na liberação dos indigitados. Até o presente momento, entendemos haver motivos mais que suficientes para mantê-los privados de sua liberdade, porquanto as acusações que lhe foram imputadas são de extrema gravidade, diante da atual realidade brasileira no aspecto da saúde pública.

Não há como perder de vista que ‘o direito é um fenômeno histórico e suas normas devem ser interpretadas de acordo com os acontecimentos e as mudanças do país’. Daí nosso entendimento de que a liberação imediata de quem é pegue em situação de fraude ao próprio sistema de saúde, ludibriando não apenas o patrimônio público, mas atingindo de forma gravemente extremada os recursos públicos, dos quais cada um de nós, cidadãos, somos contribuintes. Negar o óbvio seria estimular a vivência no crime; seria banalizar atitudes que retiram a oportunidade de internação de crianças que com certeza precisariam estar internadas, recebendo os devidos cuidados médicos, e não estão porque os leitos de hospitais que recebem verba pública estão com falsos internamentos. Efetivamente, o momento da civilização pelo qual passamos não permite agraciar com benefícios da lei adjetiva penal aqueles que efetivamente não os merecem, notadamente o da liberdade provisória.

Sabemos também que não se concede liberdade provisória quando presentes os motivos para decretação de prisão preventiva e *in casu* vislumbramos a presença e motivos para sua decretação. É que, neste momento, quando existentes indícios de autoria e materialidade delitiva, percebemos ser imperioso à ordem pública o cerceamento da liberdade daqueles que agem na contramão das necessidades sociais e regras de boa convivência, em que se envolvem valores que norteiam inclusive o agir de outros, impulsionando à senda criminosa de crimes não tão sangrentos quanto os com violência real, mas tão desastroso quanto delitos de tal natureza. Eis que, em nosso entender, a ordem pública, sem sombra de dúvidas, traduz tranqüilidade no meio social, inexistente esta quando se constata que verbas públicas, destinadas à saúde, não alcançam seus objetivos

em razão de pessoas centradas em seu próprio lucro e bem estar” (fl. s. 171/172).

Dor, morte e desespero, inegavelmente, é a cena dominante nos corredores dos hospitais públicos do Brasil. Segundo diagnóstico do Ministro Temporão, da Saúde, publicado no jornal O Globo, edição de 12 de setembro de 2007, vivemos em um país em que cerca de 90 mil pacientes com câncer estão sem fazer radioterapia; 13 milhões de hipertensos estão sem tratamento adequado; 4,5 milhões de diabéticos também não têm acompanhamento correto; 47% das mulheres grávidas não completam as sete consultas previstas no período pré-natal e 25% das pessoas com hanseníase, tuberculose e malária enfrentam problemas constantes de atendimento, sem falar no provável surto de febre amarela que já ameaça a população brasileira.

Indiferente a esse caos, o dono do I.M.I, que poderia ter dado sua contribuição à saúde brasileira, resolveu, impulsionado pela ganância desenfreada, apoderar-se, com o auxílio dos outros flagranteados, do dinheiro destinado ao atendimento de crianças que, por falta de leitos para internação, podem ter perecido, enquanto ele, apesar da vida anteacta pontilhada de ações penais, passeava tranqüilamente nos seus veículos importados. Nada estranhável, conseqüentemente, a afirmação da presidente da UNASUS - União Nacional dos Auditores do Sistema Único de Saúde - Jovita José Rosa, em audiência pública no Senado Federal: “a fraude na área de saúde precisa ser tratada como crime hediondo, porque é um roubo seguido de muitas mortes”.

Com efeito.

Embora o ir e vir e a presunção de inocência desnudem salvaguardas constitucionais, nada possuem de absolutas. Aceitáveis as limitações que lhe são atravessadas pela lei ordinária, para o que o indivíduo, destinatário dessas garantias, delas não abuse, em detrimento dos interesses maiores da coletividade. Assim já se manifestou, conquanto por outros dizeres, o STF (2ª T, HC nº 73.978-4/RJ, Rel. Min. Marco Aurélio, j. a 13/8/96, DJU de 20/09/96, p. 34.537). Perfeito, então, o lembrete doutrinário de que “a liberdade provisória não é, pois, direito

do réu, mas faculdade do julgador” (JESUS, Damásio E. de. CPP Anotado, 19ª Ed., 2002, Saraiva, p. 235).

Na espécie, satisfatoriamente, ou quanto basta, justificada a premência de ficarem custodiados os pacientes. Os impetrantes, bom dizer, não demonstraram, como deveriam, a desnecessidade da prisão, de sorte a elidir a indispensabilidade dos recolhimentos. E realçar as qualidades pessoais de alguns dos coactos, obviamente, não lhes garante a liberdade provisória, “se há nos autos, elementos hábeis a recomendar a manutenção da custódia cautelar” (STJ, 5ª T., HC nº 65863/SP, rel. Min. Felix Fischer, DJU de 26.03.2007, p. 266).

3 – Nestas condições, ACORDA a 1ª CÂMARA CRIMINAL DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO CEARÁ, por unanimidade, em negar conhecimento à impetração, nos termos ao voto do Relator.

Fortaleza, CE, 14 de janeiro de 2008.

Nº 2007.0029.0564-5/0

PETIÇÃO DE HABEAS CORPUS

COMARCA: FORTALEZA

IMPETRANTE: FERNANDO JOSÉ DE ALBUQUERQUE LIMA

PACIENTE: CÍCERO CÂNDIDO DOS SANTOS

IMPETRADO : JUIZ DE DIREITO DA 14ª VARA CRIMINAL

RELATOR: DES. EYMARD DE AMOREIRA

**EMENTA: CONSTITUCIONAL – HABEAS CORPUS –
CRIMES DE EXTORSÃO MEDIANTE SEQUESTRO
QUALIFICADO – FORMAÇÃO DE QUADRILHA E POSSE
ILEGAL DE ARMA DE FOGO – EXCESSO DE PRAZO NA
FORMAÇÃO DA CULPA – INOCORRÊNCIA. ENUNCIADO
Nº 52/ STJ.**

1. Os crimes apurados, pela sua natureza e gravidade, são complexos e demandam tempo e oportunidade para consecução dos atos processuais mas, apesar do elastério, a instrução atingiu ao seu desiderato.

2. De sorte que, o motivo da inquietação do impetrante posto em discussão tem resposta na Súmula nº 52 do Superior Tribunal de Justiça, segundo a qual “encerrada a instrução criminal, fica superada a alegação de constrangimento ilegal por excesso de prazo”.

3. Ordem denegada. Decisão unânime.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de petição de habeas corpus, nº 2007.0029.0564-5/0, de Fortaleza, em que é impetrante o advogado Fernando José de Albuquerque Lima, paciente Cícero Cândido dos Santos, sendo impetrado o Juiz de Direito da 14ª Vara Criminal.

Acorda a Turma, por unanimidade de votos, em conhecer da ação, mas para lhe denegar a ordem, consoante parecer da douta Procuradoria Geral de Justiça.

Cícero Cândido dos Santos, qualificado nos autos, preso e autuado em flagrante de delito pela prática dos crimes de extorsão mediante seqüestro qualificado, formação de quadrilha e posse ilegal de arma de fogo (art. 159, § 1º c/c art. 288, parágrafo único, ambos do Código Penal e art. 16 da Lei nº 10.826/03. Eis que o advogado impetrante aviou a presente ação, para alegar que o paciente sofre constrangimento ilegal, em face do excesso de prazo na formação da culpa, vez que este se encontra recolhido a mais de 01 (um) ano.

Requerendo, por esta razão, a concessão da ordem.

Às fs. 16/17, indeferi a medida liminar requestada.

Informações da autoridade impetrada dando conta do encerramento da instrução criminal, estando aguardando a degravação da interceptação telefônica autorizada pelo Juízo (fs.19/20).

Parecer da douta Procuradoria Geral de Justiça às fs.22/27, opinando pela denegação da ordem.

É o relatório.

Consta das informações da autoridade impetrada que Cícero Cândido dos Santos, ora paciente, pernambucano de nascimento, na companhia de mais 05 (cinco) iguais, no dia 24 de julho de 2006, por volta das 18h, ocupando 03 (três) veículos seqüestraram nesta capital o Sr. Mário Henrique Alves de Queiroz, filho do proprietário do Grupo Pague Menos.

Iniciadas às diligências policiais no estado de Pernambuco, o Delegado Cláudio Pereira de Lima Castro, prendeu os seqüestradores Cícero Manoel Taveira, José Vanderlei Martins, Cícero Cândido dos Santos e Marivânia Sousa dos Santos e nessa Capital, pela Polícia cearense, foram presos Flávio Kenrd Ribeiro, José Manoel da Silva Filho e Francisco Holandira Oliveira, os quais foram denunciados pelos tipos penais divulgados.

Percebe-se dos autos que os crimes apurados, pela sua natureza e gravidade, são complexos e demandam tempo e oportunidade para consecução dos atos processuais mas, apesar do elastério, a instrução atingiu ao seu desiderato.

De sorte que, o motivo da inquietação do impetrante posto em discussão tem resposta na Súmula nº 52 do Superior Tribunal de Justiça, segundo a qual “encerrada a instrução criminal, fica superada a alegação de constrangimento ilegal por excesso de prazo”.

De modo que, restando infirmado, com base na Súmula nº 52 do STJ, o alegado constrangimento ilegal derivado do elastério prisional do paciente, denego a ordem impetrada, assim como opinou a douta Procuradoria Geral de Justiça.

É como voto.

Fortaleza, 15 de janeiro de 2008.

Perda de Patente

Nº 2007.0019.5455-3/0 PERDA DE PATENTE OU POSTO DE OFICIALATO
COMARCA: FORTALEZA
REQUERENTE: A JUSTIÇA PÚBLICA
REQUERIDO: DANIEL GOMES BEZERRA
RELATOR: DES. EYMARD DE AMOREIRA

EMENTA: ADMINISTRATIVO. PERDA DE PATENTE OU POSTO DE OFICIALATO. OFICIAL PM CONSIDERADO INDIGNO DE PERMANECER NOS QUADROS DA CORPORACÃO MILITAR ESTADUAL.

1. No município de Iguatu, os irmãos Marcelo e Leonardo Moreno Teixeira, foram mortos pela arma impiedosa de um policial militar, pago com o dinheiro público para defender a sociedade, cujo desfecho do Conselho de Justificação, apesar de terem sido dadas ao Justificante e ao seu defensor, todas as oportunidades para que exercitasse com amplitude a sua defesa, constitucionalmente assegurada, resultou considerado culpado, sem condições portanto, de permanecer no serviço ativo da Polícia Militar do Estado do Ceará.

2. Na hipótese destes autos, parece-nos que o Capitão Daniel praticou o duplo homicídio no estado de consistência obnubilado pelo uso de bebida alcoólica anulando em si o senso de ordem social que deveria manter no exercício da sua responsabilidade funcional.

3. O fato caracteriza-se como um grave desvio de comportamento funcional, significando que o Capitão Daniel Gomes Bezerra não se comportou como deveria, frente às regras de conduta, revelando, como esclarece Manoel Pedro Pimentel em seu artigo A Sociedade Criminôgena, o fenômeno observado por Durkheim, ou seja, a situação de anomia, um estado de confusão, em que as pessoas passam a agir conforme seus valores ou fins. Seu comportamento revelou um tipo desviante da sua exigida conduta ética e funcional que, conseqüentemente, violou o sentimento de justiça da comunidade afetada, talvez, convencida de que a propalada impunidade por pressão dos noticiários equivocados é a regra, mas, convençam-se todos, não é.

4. Estamos diante de um comportamento anti-social,

evidenciando-se o fato criminoso como gerador de desordem e violência, advindo daí uma incomum e imensa dor, sentida tão-só por quem por ela passa por experiência própria, bem como uma infinita saudade ao seio de uma família bem constituída e cristã. A atitude impensada do Capitão Daniel tirou de uma família, de uma só vez, dois jovens que, por vocação familiar, abraçaram em vidas a nobre profissão de salvar vidas; eram estudantes de medicina.

5. O ocorrido faz-me lembrar do escritor afegão Khaled Hosseini, autor do *best seller* O Caçador de Pipas, exibindo a seu estilo o que avilta a moral e a ética da conduta humana, cuja indignidade é mostrada através do verbo transitivo direto retirar. Retirar de alguém um possibilidade natural, diz este autor: Quando se mata um homem, rouba-se uma vida; rouba-se da esposa o direito de ter um marido; rouba-se dos filhos um pai. Acrescento: quando se mata filhos, rouba-se vidas preciosas aos pais. Ainda escreveu este mesmo autor: Quando se mente, rouba-se a verdade; Quando se trapaceia, rouba-se o direito à justiça.

6. O desvio de comportamento realizado de forma reprovável pelo Capitão Daniel e que provocou sérias conseqüências à família das vítimas, fez precederem as mortes dos filhos às mortes dos pais, tragédia biológica inconcebível de acordo com o entendimento comum; consideração puramente mental e de particularidade de ordem psíquica ligada ao amor incondicional dos pais para com os filhos.

7. Considerando que o Capitão PM Daniel Gomes Bezerra, matrícula funcional de nº 113.334 – 1 – 7, desvirtuou a sua função, na medida em que violou os deveres da ética e dos valores que regem a conduta de um militar estadual, e ainda, considerando o compromisso por ele prestado de defender a sociedade, julgo procedente a decisão governamental para declarar o oficial justificante indigno do oficialato, decretando a perda do posto e da patente, na forma do parágrafo 1º, inciso I, do art. 87, da Lei 13.407 do ano de 2003.

8. Acórdão por maioria.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de processado de perda de patente ou posto de oficialato, em que é requerente o Conselho de Justificação

da Polícia Militar do Estado do Ceará e requerido Daniel Gomes Bezerra.

Acordam as Turmas Criminais Reunidas, por maioria de votos, em considerar o Oficial da Polícia Militar do Ceará, Capitão Daniel Gomes Bezerra, Matrícula Funcional nº 113.334 – 1 – 7, indigno de permanecer nos quadros da Corporação Militar Estadual, nos termos em que opinou a douta Procuradoria Geral de Justiça.

Daniel Gomes Bezerra, Capitão da Polícia Militar do Estado do Ceará, matrícula funcional nº 113.334 – 1-7, no dia 18 de março do ano de 2007, por volta das 3h, na sede da Churrascaria Auto Posto Icavel, no município e comarca de Iguatu, neste estado, usando de uma arma de fogo (revólver), levou a óbito os irmãos germanos Marcelo e Leonardo Moreno Teixeira, acadêmicos de medicina, por motivos e circunstâncias a serem revelados no devido processo legal.

De par da ação havida como criminosa e por se tratar o agente de um Oficial da Polícia Militar, o Governador do Estado do Ceará, através do Ato Governamental publicado no Diário Oficial do Estado de nº 56, do dia 23 de março de 2007, nomeou Conselho de Justificação a fim de verificar a capacidade de permanência no serviço ativo do Oficial Justificante Daniel Gomes Bezerra, cujos valores éticos e morais supostamente violados inserem-se nos artigos 7º e 8º do Código Disciplinar da PM e BM, bem como do compromisso que fora prestado na forma do inciso II do artigo 49 da Lei nº 13.729/2006 (Estatuto dos Militares Estaduais).

Os trabalhos do Conselho de Justificação que se destinam a apurar as transgressões disciplinares cometidas por oficiais e a incapacidade destes para permanecer no serviço militar ativo, conforme os documentos destes autos, foram pautados pelos princípios da legalidade, moralidade e eficiência e neles foram observados o contraditório e a ampla defesa constitucionalmente assegurados.

Concluídos os trabalhos processuais, os membros do Conselho de Justificação, à unanimidade de votos, em relatório conclusivo, consideraram o Justificante culpado e, por conseguinte, incapaz de permanecer no serviço ativo de Capitão da Polícia Militar do Estado do Ceará, por haver violado os valores que regem a conduta militar legalmente exigida (fls. 454).

Neste pesar, o Governador do Estado do Ceará, através de ato regularmente publicado no DOE de nº 135, datado de 18 de julho do ano de 2007, acolheu, na forma estabelecida na citada lei, a decisão do referido Conselho de Justificação e determinou a remessa dos autos do processo a este egrégio Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, por força determinante do artigo 176, § 8º da Constituição Estadual e na forma ditada pelo artigo 86, inciso V do aludido

código disciplinar.

Nesta Superior Instância, por distribuição automática, determinada pelo Excelentíssimo Senhor Presidente, em exercício, Desembargador Rômulo Moreira de Deus, competiu-me a relatoria deste processado (fls. 487).

Às fls. 488, determinei a citação do Oficial justificante para, no prazo de dez (10) dias, oferecer sua defesa sobre a conclusão do Conselho de Justificação e do ato governamental, ex vi do artigo 87 da Lei de nº 13.407 de 21 de novembro de 2003.

Às fls. 493/529, a ampla defesa com documentos anexados, apresentada por procurador devidamente constituído, que, ao final, requer seja reconhecida por estas egrégias Câmaras Criminais Reunidas a improcedência da decisão de incapacidade de sua permanência na ativa como Capitão da Polícia Militar do Estado do Ceará.

Instada a se manifestar, a douta Procuradoria Geral de Justiça, às fls. 543/548, opinou fosse julgado o Capitão Daniel Gomes Bezerra indigno de permanecer nos quadros da Corporação Militar Estadual.

É o relatório.

Senhor Presidente, Senhores Desembargadores e Senhor Procurador. O Código Disciplinar da Polícia Militar e do Corpo de Bombeiros Militares do Estado do Ceará, Lei Estadual nº 13.407, de 21 de novembro de 2003, que dispõe sobre o comportamento ético dos policiais militares e ainda estabelece os procedimentos para apuração de responsabilidades disciplinares, esclarece no seu artigo 75 que “o Conselho de Justificação destina-se a apurar as transgressões disciplinares cometidas por oficial e a incapacidade desde para permanecer no serviço militar”.

O artigo 77, por sua redação, torna claro que a constituição do Conselho de Justificação dar-se-á por ato do Governador do Estado e, conforme estabelece o artigo 78, este conselho dispõe de um prazo de sessenta (60) dias para a conclusão do processo de natureza administrativa e de mais quinze (15) dias para deliberação, confecção e remessa do relatório que deverá ser conclusivo.

Esse relatório, assinado por todos os membros do Conselho de Justificação, expedido depois do devido processo legal e com a garantia da ampla defesa, concluirá, em cada caso, se o oficial é ou não culpado das acusações que lhe foram imputadas; está ou não definitivamente inabilitado para o quadro de acesso ou está ou não incapaz de permanecer na ativa ou na situação em que se encontra na inatividade.

No caso em julgamento, foi regularmente encerrado o procedimento e, de acordo com o que determina o inciso V, do artigo 85 da referida lei estadual, os autos do processo foram remetidos ao Governador do Estado que se manifestou sobre a aceitação do julgamento do Conselho de Justificação, constante do relatório conclusivo, quando, por último determinou a sua remessa ao egrégio Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, em conformidade com o disposto no art.176, § 8º. da Constituição Estadual, - já que este mesmo Conselho de Justificação concluiu pela demissão, pois que o justificante foi considerado, por unanimidade, incapaz de permanecer na ativa, com a patente de Capitão da Polícia Militar do Estado do Ceará.

Pelo texto legal, concluímos que para a formação do Conselho de Justificação basta tão-somente que o militar estadual tenha praticado algum ato que venha a violar os deveres à ética e os valores que regem a sua conduta profissional.

Examine-se, por oportuno, recente decisão do STJ esclarecendo que o militar condenado à pena privativa de liberdade superior a dois anos só perderá o posto e a patente, no caso de oficial, bem como da graduação caso praça, se for julgado indigno do oficialato ou com ele incompatível, mediante procedimento específico, o que *in casu*, não se verificou (STJ – 6ª. T – HC 75.494 – rel. Carlos Fernando Mathias – j. 20.11.2007 – DJU de 10.12.2007).

A Constituição Federal vigente dedicou o artigo 125 a organização da Justiça nos Estados Federados que devem observar os princípios constitucionais, tratando o § 4º da competência da Justiça Militar, bem assim a do Tribunal de Justiça para decidir sobre a perda do posto e da patente dos oficiais e da graduação dos praças.

Neste tribunal, o processo foi a mim distribuído, na qualidade de membro destas egrégias Câmaras Criminais Reunidas, por determinação do Presidente deste Tribunal de Justiça, então em exercício, o eminente Desembargador Rômulo Moreira de Deus, tendo em vista o disposto no artigo 24, letra “d” do Regimento Interno.

O artigo 87 da Lei nº 13.407, diz que, distribuído o processo, o desembargador-relator mandará citar o oficial acusado para, no prazo de dez (10) dias, oferecer defesa sobre a conclusão do Conselho de Justificação e a decisão do Governador do Estado e, seguidamente, mandará abrir vista para a manifestação do Ministério Público e, por fim, feita a revisão, o processo deverá ser incluído em pauta para julgamento.

Essa mesma lei, no parágrafo primeiro e incisos I e II do artigo 87, prescreve que o Tribunal de Justiça, caso julgue procedente a mencionada decisão governamental, declarará o oficial indigno do oficialato ou com ele incompatível, decretando: I- a perda do posto ou da patente; ou, II- a reforma administrativa disciplinar, no posto que o oficial possua na ativa, com proventos proporcionais ao tempo de serviço militar.

O processo, verifica-se, teve trâmite regular, observados os requisitos processuais estabelecidos na referida lei estadual e no Regimento Interno que estabelece a composição e a competência dos órgãos julgadores e de direção do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, de acordo com a dignidade do art. 125, § 4º da Constituição Federal.

Entretanto, os trabalhos deste Conselho, apesar da sua constitucionalidade, não estão imunes do exame por parte do Poder Judiciário. Deveras, a acusação dirigida contra o Capitão Daniel teve como parâmetro a violação dos deveres da ética e dos valores que regem a conduta de um militar estadual, as quais se encontram apregoadas nos artigos 7º. e 8º. do respectivo código disciplinar e, ainda, pelo compromisso prestado na forma do inciso II, do artigo 49 da Lei nº 13 729 do ano de 2006.

No caso em exame, à luz da idéia do primado da antijuridicidade, o Capitão Daniel Gomes Bezerra, Oficial da Polícia Militar do Estado do Ceará, antes lotado na 2ª Companhia do 2º Batalhão de Polícia Militar, em tese, contrariou ao seu dever constitucional de prevenir a ocorrência de fatos delituosos ao se envolver, como agente, em duplo homicídio, relegando, desse modo, a ilicitude do seu deplorável ato de conseqüências lamentáveis para os familiares das vítimas.

A antijuridicidade do seu reprovável comportamento, sob o ponto de vista de seus efeitos jurídicos, finda caracterizada diante da tipicidade deste mesmo comportamento. Alguma causa de exclusão, se for o caso, somente a prova histórica e real do indispensável processo penal, com os assegurados amplo direito de defesa e do contraditório, deverá ser revelada para fins de um julgamento imparcial e de uma aplicação de pena justa antevista na legislação penal.

É do conhecimento de todos nós que não são raros os delitos que se apresentam ligados a um estado individual de autoridade sempre, porém, privados de responsabilidade de natureza funcional e, muitas vezes, para prova individual de valentia desmedida das pessoas que têm tendências de se tornarem insultadas por insignificantes querelas que não diminuem a dignidade humana. Em regra,

são pessoas centralizadas em si mesma, impacientes e sensíveis que se ofendem com facilidade.

Com efeito, o ato repudiado, foi alvo de intensa repercussão, sobretudo, dentro da própria corporação militar, como bem demonstra a sensação de aversão do Conselho de Justificação, no seu relatório, *verbis*:

“O fato ora em exame, não se prende ao crime, até porque, incompetente o Conselho para apurá-lo, mas quem o praticou, não importando contra quem. Foi contra dois acadêmicos de medicina, filhos ilustres de Mombaça, mas poderia ter sido contra dois cidadãos quaisquer. Pesa a condição do autor do delito, no caso, um CAPITÃO DA POLÍCIA MILITAR, homem preparado para, dentre outras atribuições: superar situações de estresse; solucionar ocorrências; defender a sociedade, ter conduta ilibada tanto na vida pública como na particular; preservar a ordem pública, velar pela dignidade da pessoa humana; cumprir seus deveres de cidadão; colocar o interesse público acima dos particulares; cumprir a lei; atuar com prudência nas ocorrências militares, evitando exacerbá-las; observar as normas de boa educação e de descrição nas atitudes, maneiras e na linguagem escrita ou falada; observar os direitos e garantias fundamentais do cidadão.

Em fim, trata-se de um homem que passou a vida profissional, sendo treinado e capacitado para as funções de comando, iniciando-se num grupo de homens, cresce para um Pelotão, para uma Companhia e quiçá galgaria o Comando Geral da Instituição. Sua conduta é pautada na lei e no servir. Lamentavelmente, ceifou a vida de duas pessoas por motivos banais.

Com um só ato lançou o nome da Corporação no lodaçal, manchando-a de forma indelével e histórica. Rasgou-lhe o peito e deixou seu coração à mostra. Todos os componentes da instituição se tornaram alvo de pesadas críticas por parte da comunidade e da imprensa falada, escrita e televisada. Até nos mais recônditos rincões do território o militar estadual passou a ser criticado e alvejado sem ao menos saber do que realmente se tratava. O peso da cruz foi

lançado nos ombros de todos os homens de bem que fazem a corporação. A Corporação sangrou e ainda sangra. Mesmo quando tudo passar, restará a cicatriz, marca da conduta transgressiva de quem jurou proteger a sociedade, mas não o fez.

A violação dos valores, da ética e da moral por parte do Cap PM Daniel é incontroversa e, como previsto no § 3º, art. 11, do CODPM/BM, a violação é tão mais grave quanto mais elevado for o grau hierárquico de quem a cometer, no caso um oficial do posto de CAPITÃO”(fs. 460/461).

Fato é que, no dia 18 de março de 2007, por volta das 3h, na Churrascaria Auto Posto Icavel, no município de Iguatu, os irmãos Marcelo e Leonardo Moreno Teixeira, foram mortos pela arma impiedosa de um policial militar, pago com o dinheiro público para defender a sociedade, cujo desfecho do Conselho de Justificação, apesar de terem sido dadas ao Justificante e ao seu defensor, todas as oportunidades para que exercitasse com amplitude a sua defesa, constitucionalmente assegurada, resultou considerado culpado, sem condições portanto, de permanecer no serviço ativo da Polícia Militar do Estado do Ceará.

Na hipótese destes autos, parece-nos que o Capitão Daniel praticou o duplo homicídio no estado de consistência obnubilado pelo uso de bebida alcoólica anulando em si o senso de ordem social que deveria manter no exercício da sua responsabilidade funcional.

Sem dúvida eficaz, o fato caracteriza-se como um grave desvio de comportamento funcional, significando que o Capitão Daniel Gomes Bezerra não se comportou como deveria, frente às regras de conduta, revelando, como esclarece Manoel Pedro Pimentel em seu artigo A Sociedade Criminôgena, o fenômeno observado por Durkheim, ou seja, a situação de anomia, um estado de confusão, em que as pessoas passam a agir conforme seus valores ou fins.

Seu comportamento revelou um tipo desviante da sua exigida conduta ética e funcional que, conseqüentemente, violou o sentimento de justiça da comunidade afetada, talvez, convencida de que a propalada impunidade por pressão dos noticiários equivocados é a regra, mas, convençam-se todos, não é.

Estamos diante de um comportamento antisocial, evidenciando-se o fato criminoso como gerador de desordem e violência, advindo daí uma incomum e imensa dor, sentida tão-só por quem por ela passa por experiência própria, bem como uma infinita saudade ao seio de uma família bem constituída e cristã.

A atitude impensada do Capitão Daniel tirou de uma família, de uma só vez, dois jovens que, por vocação familiar, abraçaram em vidas a nobre profissão de salvar vidas: eram estudantes de medicina.

O fato faz-me lembrar do escritor afegão Khaled Hosseini, autor do best seller *O Caçador de Pipas*, exibindo a seu estilo o que avilta a moral e a ética da conduta humana, cuja indignidade é mostrada através do verbo transitivo direto retirar. Retirar de alguém um possibilidade natural, diz este autor: Quando se mata um homem, rouba-se uma vida; rouba-se da esposa o direito de ter um marido; rouba-se dos filhos um pai. Acrescento: quando se mata filhos, rouba-se vidas preciosas aos pais. Ainda escreveu este mesmo autor: Quando se mente, rouba-se a verdade; Quando se trapaceia, rouba-se o direito à justiça.

O desvio de comportamento realizado de forma reprovável pelo Capitão Daniel e que provocou sérias conseqüências à família das vítimas, fez precederem as mortes dos filhos às mortes dos pais, tragédia biológica inconcebível de acordo com o entendimento comum; consideração puramente mental e de particularidade de ordem psíquica ligada ao amor incondicional dos pais para com os filhos.

Por todo o exposto, Senhor Presidente, e considerando que o Capitão PM Daniel Gomes Bezerra, matrícula funcional de nº 113.334 – 1 – 7, desvirtuou a sua função, na medida em que violou os deveres da ética e dos valores que regem a conduta de um militar estadual, e ainda, considerando o compromisso por ele prestado de defender a sociedade, julgo procedente a decisão governamental para declarar o oficial justificante indigno do oficialato, decretando a perda do posto e da patente, na forma do parágrafo 1º, inciso I, do art. 87, da Lei 13.407 do ano de 2003.

É como voto.

Fortaleza, 27 de fevereiro de 2008.

Recurso Crime Em Sentido Estrito

PROCESSO Nº: 2004.0000.0227-9/1

TIPO DE PROCESSO: RECURSO CRIME EM SENTIDO ESTRITO

COMARCA: CAUCAIA

RECORRENTE(S): REPRESENTANTE DO MINISTÉRIO PÚBLICO

RECORRIDO(S): FRANCISCO NELSON DE ALMEIDA SAMPAIO

RELATOR: DESA. LÚCIA MARIA DO NASCIMENTO FIUZA BITU

EMENTA: RECURSO CRIME EM SENTIDO ESTRITO. CONCESSÃO DE LIBERDADE PROVISÓRIA. OPOSIÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO REQUERENDO FOSSE DECRETADA A PRISÃO ATÉ O JULGAMENTO E CONSEQUENTE CUMPRIMENTO DA PENA. NÃO DEMONSTRADA A NECESSIDADE DO ENCARCERAMENTO DO PACIENTE, SEJA PARA GARANTIR A ORDEM PÚBLICA, SEJA PARA ASSEGURAR A APLICAÇÃO DA LEI PENAL OU POR CONVENIÊNCIA DA INSTRUÇÃO CRIMINAL. AUSÊNCIA DOS PRESSUPOSTOS DO ART. 312, DO CPP. RECURSO IMPROVIDO.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Recurso Crime em Sentido Estrito nº 2004.0000.0227-9/1, de Caucaia, em que são partes a REPRESENTANTE DO MINISTÉRIO PÚBLICO e FRANCISCO NELSON DE ALMEIDA SAMPAIO.

ACORDAM os Desembargadores integrantes da 2ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, por votação unânime, em conhecer do recurso, porém, para negar-lhe provimento, nos termos do voto da Relatora.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso em Sentido Estrito interposto pelo Representante do Ministério Público, em oposição ao despacho proferido pelo Juízo da 1ª Vara da Comarca de Caucaia, que concedeu liberdade provisória ao recorrido Francisco Nelson de Almeida Sampaio, incurso nas sanções do art. 121, § 2º, inciso II e IV, do Código Penal.

Aduz o recorrente, em suas razões recursais, a existência dos pressupostos da prisão preventiva, elencados no art. 312, do Código Penal, quais

sejam: a ameaça a ordem pública e a necessidade da aplicação da lei penal. Argui ainda, que o crime perpetrado pelo recorrido está catalogado na Lei nº 8.072/90 (Lei dos Crimes Hediondos), sendo insuscetível de qualquer liberdade provisória. Finaliza pugnando pela reforma da decisão, determinando que o acusado seja recolhido até o seu julgamento e conseqüente cumprimento da pena.

Em contra-razões, o recorrido requer o desprovemento do recurso, alegando para tanto, que preenche todos os requisitos para aguardar o julgamento em liberdade, sendo primário, possuindo residência fixa, profissão definida e bons antecedentes, conforme as provas constantes dos autos.

Em sede de retratação, a douta autoridade judiciária a quo não vislumbrou motivos para retratar-se, razão pela qual manteve a decisão e determinou a subida dos autos a este Egrégio Tribunal de Justiça.

Nesta Superior Instância os autos foram com vista à douta Procuradoria Geral de Justiça, que, em seu parecer de fls. 71/75, opinou pelo improvemento do recurso.

Redistribuídos os autos, vieram-me conclusos.

É o relatório.

Passo a decidir.

VOTO

Cuida-se de recurso crime em sentido estrito objetivando obter pronunciamento desta egrégia Corte de Justiça sobre a concessão de liberdade provisória concedida pelo MM. Juiz de Direito da 1ª Vara da Comarca de Caucaia ao acusado Francisco Nelson de Almeida Sampaio, denunciado como incurso nas penas do art. 121, § 2º, incisos II e IV, do Código Penal Brasileiro, por ter assassinado a tiros, sua ex-esposa Ana Cristina Gadelha Rocha.

Como é cediço, para que o juiz possa decretar a prisão preventiva, além da materialidade delitiva e dos indícios de autoria, é necessário que exista, também, um dos pressupostos do art. 312, do CPP.

Ademais, a demonstração da necessidade, que haja forte fundamentação, apoiando-se em fatos concretos que a embasem.

Nesse sentido, a jurisprudência de nossos Tribunais:

“TACRSP – A medida excepcional, se ausentes os pressupostos do art. 312, do CPP, não pode ser adotada com formulação de hipóteses

ou conjecturas” (JTACRESP 48/81).

A gravidade abstrata do crime imputado, ainda que qualificado de hediondo, a reprovabilidade do fato e o conseqüente clamor público não constituem motivos idôneos à prisão preventiva se falta demonstração, em concreto, do *periculum libertatis* do acusado.

Nesse mesmo sentido:

“TJSP – A gravidade da infração, só por si, não induz necessariamente a custódia preventiva ou provisória se são bons os antecedentes do réu, ou se for primário e com residência e emprego fixos” (RT 601/321).

Quanto à prisão por conveniência da instrução criminal ou aplicação da lei penal, não há indícios ou prova nos autos de que tenha o recorrido aliciado ou constrangido possíveis testemunhas, ou tentado procrastinar o julgamento, ou obstruir a produção de provas.

Portanto, quando não resta demonstrada a necessidade do encarceramento do paciente, seja para garantir a ordem pública, seja para assegurar a aplicação da lei penal ou por conveniência da instrução criminal, principalmente se o acusado tem residência fixa, emprego definido e, é primário conforme se depreende do art. 5º, inciso LVII, da Constituição Federal, e dos arts. 311 e 312, do Código de Processo Penal, devem os Magistrados conceder a liberdade provisória como regra.

Por outro lado, o recorrido não se trata de criminoso vulgar, de marginal perigoso, tendo os pressupostos para que lhe seja concedido o corolário constitucional da liberdade provisória.

Dessa forma, a r. Decisão de primeiro grau foi prolatada com esteio na Legislação vigente, não merecendo qualquer correção.

Diante do exposto, imperioso é o conhecimento do recurso interposto, porém, para negar-lhe provimento em conformidade com o parecer da douta Procuradoria de Justiça.

É como voto.

Fortaleza, 02 de junho de 2008.

Revisão Criminal

REVISÃO CRIMINAL Nº 2003.0012.4511-8/0 - FORTALEZA
REQUERENTE: GERALDO CARLOS LEMOS NETO
REQUERIDA: A JUSTIÇA PÚBLICA
RELATOR : DESEMBARGADOR LUIZ GERARDO DE PONTES
BRÍGIDO

-Revisão criminal.

-Revelado, e às claras, a ausência de violência física ou grave ameaça, desfigurando, à desdúvida, o crime de estupro, a condenação do revisando afronta à evidência dos autos, implodidos, por consectário, os fundamentos do acórdão alvejado, fincado tão-somente na palavra da ofendida que, na hipótese, destoa da vertência probatória.

-Impositivo o *iudicium rescissorium* para absolver o requerente.

-*Nemine discrepante.*

Vistos, relatados e discutidos os autos acima identificados.

1 – Geraldo Carlos Lemos Neto, com supedâneo no art. 621, inc. s. I e III do CPP, maneja ação revisional no afã de ver rescindido o *decisum* da 2ª Câmara Criminal desta Corte, que, por maioria de votos, reformou a absolutória singular, condenando-o à pena de seis anos de reclusão, regime fechado, pelo crime de estupro.

Arrazoado longo, revolvendo trechos da instrução, aduz-se que a ofendida não teria sido forçada à prática do ato sexual, diante da impossibilidade física funcional do acusado, portador de atrofia no braço direito, atestada por laudo pericial, “prova nova”, justificando-se, daí, a decretação da ineficácia do acórdão passado em julgado, assim de travacostas com a evidência dos autos, restabelecida, por consectário, sua liberdade, providência, inclusive, liminarmente requestada.

Liminar libertária indeferida.

A PGJ é pela procedência do pedido.

É o relatório.

2 – Do que consta, requerente e vítima, noite de 26 de julho de 1996, Praia de Iracema, nesta Capital, assistiam ao “Fortal”. Alta madrugada, após intensa troca de carícias, afagos e beijos ardentes, dizem algumas testemunhas, o casal buscou a privacidade de um quarto na Pousada Sol e Mar.

A partir daí, duas vertentes acerca de um fato.

A jovem afirma que acompanhou o requerente apenas para anotar o telefone dele, sendo forçada, no entanto, após resistir a intensa coação física infligida pelo revisando, a praticar o coito vaginal aproveitando para fugir no momento em que o acusado foi ao banheiro.

O requerente, por outro lado, esclarece que não forçou a dama a copular. Ao reverso, disse que por sugestão dela foram à pousada para desfrutar, sem limites ou pudores, dos prazeres carnavais.

Com efeito.

O estupro contém como circunstância integrante do tipo a violência (física ou moral), através da qual a vítima é submetida à sanha lasciva e luxuriosa do ofensor. Exigível, para condenar, todavia, que a prova dessa violência seja estreme de dúvida.

Como a vítima afirmou que resistiu fisicamente à investida do requerente, a refrega deixaria, e inevitavelmente, vestígios, por lesões características, de que a *vis compulsiva* foi empregada para a prática do ato sexual. Entretanto, afora a evidente constatação da lesão vaginal, resultado do desvirginamento, a violência não restou comprovada nos autos. Nada, nenhum sinal sequer da oposição, sincera e positiva, da ofendida, ao ataque sexual que revelasse sua vontade em esquivar-se ao coito forçado.

Não é crível que uma mulher adulta e fisicamente íntegra, como a vítima, tenha tido seus movimentos defensivos tolhidos pelo réu, homem franzino e com um braço atrofiado. Na verdade, bastariam alguns movimentos da bacia para ela, ofendida, flanqueando, impedir a intromissão da verga, furtando-se, assim, ao gozo do suposto estuprador. Se o acusado, como disse a vítima, tapava-lhe a boca com uma das mãos, ele não teria,

óbvio, como imobilizá-la para a *imissio penis* utilizando, para tanto, e tão-somente, os membros inferiores.

A prova do congresso sexual forçado, na hipótese, é das mais difíceis, daí porque não se pode, “em hipótese alguma, utilizar presunções para a condenação” (GUILHERME DE SOUZA NUCCI, *in* CP Comentado, 5ª. ed., RT, 2005, p. 784).

Talvez a perda da virgindade, suposição de recato e honestidade sexual da mulher, bem como as conseqüências constantes do seu reflexo, tenham conduzido a ofendida, já que o requerente não lhe prometeu anel de casamento, a fantasiar o estupro pelo receio natural de revelar à família o fim da sua pudicícia.

Cediço que em tema de crimes sexuais, geralmente praticados à sorrelfa, a palavra da vítima tem relevância especial, “não deve, contudo, ser recebida sem reservas, quando outros elementos probatórios se apresentam em conflito com suas declarações” (RT vol. 681/ p. 330).

Destarte, diante de documento inédito, *in casu* o parecer dos expertos que atestou a incapacidade funcional do braço direito do revisando, indicação clara e eficaz da alegada afronta à evidencia dos autos, e que implode os fundamentos do acórdão alvejado, justificável o *iudicium rescissorium* por amoldar-se, e perfeitamente, ao permissivo legal pertinente, abrindo ensanchas a absolvição do réu nos termos do art. 626, *caput*, do CPP.

3 – À vista do exposto, ACORDAM as CÂMARAS CRIMINAIS REUNIDAS do TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO CEARÁ, à unanimidade e nos termos do voto do relator, em deferir o pedido revisional e, por conseqüência, absolver o réu Geraldo Carlos Lemos Neto, com lastro no art. 626 do CPP, em seu favor devendo ser expedido alvará de soltura, se por al não estiver preso.

Fortaleza, 31 de agosto de 2005.

Discurso

DISCURSO DE POSSE DO DESEMBARGADOR ERNANI BARREIRA PORTO COMO PRESIDENTE DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO CEARÁ, EM 29 DE JANEIRO DE 2009.

MINHAS SENHORAS,

MEUS SENHORES,

Quis o destino que eu nascesse e crescesse numa ambiência familiar, que contasse, como eu contei, com a presença de um avô dedicado e amigo, de quem ouvi conselhos e admoestações para os atos da vida e de quem recebi estímulos que me levaram à advocacia, e desta a este tribunal, em cuja presidência me encontro agora.

Refiro-me ao professor **Dolor Barreira**, homem da maior integridade moral, cidadão de ilibada conduta, jurista de elevadíssima cultura, o mais brilhante advogado de sua época, de cuja cátedra que dirigiu, na velha Faculdade de Direito, transmitiu lições da Ciência Jurídica a um sem-número de discípulos, que se tornaram advogados e políticos, além de homens públicos que fizeram carreira no ministério público e na magistratura deste país.

Neste solene momento, reverencio a memória desse ícone sagrado da minha família, para agradecer-lhe pela sabedoria de suas lições.

Aos meus pais, **Hugo e Laís**, aqui presentes pela Graça de Deus, manifesto, do mais profundo de minha alma de filho, o meu sincero e terno agradecimento, pela vida, pela criação que tive, pelo amor que recebi em todos os instantes da minha existência, pela solidariedade nos momentos de angústia, pela compreensão e pelo conforto nos reveses e nas dificuldades que tive de ultrapassar. Em todos esses momentos, recebi deles o apoio pronto e incondicional deles trago comigo os ensinamentos de honestidade e de integridade.

Sou, reconhecidamente, grato à minha amada mulher **Monique**, minha companheira, minha conselheira, minha amiga, minha paz. Ela que tem sabido manter a tranquilidade necessária e a compreensão sincera na travessia de todos os tormentos vividos, sem que nada pudesse abalar a sua confiança no parceiro e a sua Fé em Deus.

A ela também atribuo e agradeço, com toda a devoção, os maiores presentes a mim doados, no momento mais próprio. refiro-me às minhas filhas **Mahana e Monique**, que são o meu ponto de apoio, a minha confiança na vida, a minha esperança no futuro e a razão da minha própria existência. A elas dedico a emoção que me contagia neste ato solene.

Ao meu filho **Vicente** e à minha nora **Fernanda**, agradeço pela

harmonia de suas convivências e pela presença paciente, solícita, solidária e firme.

Aos meus netos, **Victor, Ernani Neto e Victória**, exemplos raros de convívio, humildade, solidariedade e amor, rendo toda a minha admiração.

Aos eminentes oradores que me antecederam, sou-lhes mui agradecido pela generosidade excessiva de suas amáveis palavras que emanaram mais da gentileza de cada um do que dos meus humildes préstimos à causa pública na província do Poder Judiciário.

Agora, sob a invocação e a proteção de Deus, quero iniciar os meus passos na senda dessa seriíssima jornada, para a qual fui convocado pela confiança que em mim depositaram os venerandos juízes desta Corte de Justiça, e fazê-lo humildemente, certo da fungibilidade das coisas terrenas e ciente das graves advertências do Eclesiastes que diz:

“Para tudo há um tempo, para cada coisa há um momento debaixo dos céus: tempo para nascer e tempo para morrer; tempo para plantar e tempo para colher o que foi plantado; tempo para calar e tempo para falar”.

Como Católico Apostólico Romano, trago comigo, bem nitidamente, as divinas palavras pronunciadas pelo profeta do lago Tiberíades, quando, ao se dirigir aos homens de pouca fé e preocupados com o que haveriam de vestir e comer no dia de amanhã, ele, no sermão que pregou na montanha, advertiu-lhes:

“...homens de pouca fé, vosso pai sabe que tendes necessidade de todas essas coisas. procurai, primeiro, o reino de Deus e sua justiça, e tudo isto vos será dado com abundância. não vos inquieteis pelo dia de amanhã, porque o dia de amanhã cuidará de si mesmo... não julgueis para não serdes julgados, pois do mesmo modo que julgardes, sereis julgados um dia.”

Estou certo de que o tempo julgará tudo. Nada ficará sem resposta sob o sol, por isso não conduzo na alma nenhum resquício de ranço, nem me apraz exumar reminiscências que nada produzem, nem, muito menos, servem para ilustrar o epitáfio dos maledicentes. Tomo, como minhas, nesta hora, as palavras de **Gandhi**, o lendário humanista hindu e libertador da Índia, quando afirmou:

“na minha humilde opinião, a não-cooperação com o mal é nosso

dever, tanto quanto o é cooperar com o bem”.

Estou convocado para uma missão que tem cheiro e sabor de luta, de luta pelo Direito, na distribuição de justiça aos que dela precisam. Para isso, fui escolhido presidente deste tribunal pelo voto dos que compõem a elite da justiça deste Estado, e neste instante, asseguro que não fugirei do embate, para o qual conto com o apoio de todos os desembargadores, porque todos sabemos que a prestação jurisdicional correta, justa, imparcial, rápida e sábia é direito de todo cidadão e obrigação de todo juiz, em qualquer grau de jurisdição.

No arcópio do Estado do Ceará, em que hoje sou empossado, não tergiversarei em cumprir meu dever, à exaustão de minhas forças, para o que estou certo de ser ajudado por todos, de modo que se colime o objetivo mais importante, que é garantir a todos o acesso à justiça em prol de quem quer que esteja com seu direito lesado ou sob ameaça de lesão, nos precisos termos do que está esculpido na constituição federal.

Para esse propósito, muito já foi feito neste Estado, por desembargadores decididos, corretos, corajosos e cômnicos de suas responsabilidades como pessoas públicas, sábias, justas e decentes.

Contemplo, no horizonte temporal de minha permanência neste tribunal de justiça, desde a personalidade singular e ativa de **Raimundo Catunda**, até a eficiente e dedicada presidência do prezado amigo, o desembargador **Fernando Ximenes**.

Impõe-se, nesse momento de reminiscências, destacar a figura do desembargador José Maria de Melo, que, na presidência deste tribunal de justiça, deu ao Judiciário do Ceará a dignidade material, para que pudesse funcionar decentemente.

Antes de **José Maria de Melo**, a Justiça do Ceará era mais uma sem-teto, para a vergonha de todos os jurisdicionados. Foi com seu tirocínio de bicho carpinteiro que este notável magistrado dotou cada comarca de, pelo menos, uma casa para um juiz e um prédio adequado para o funcionamento da justiça.

Na minha administração, precisarei de aconselhamentos, orientações para melhor desempenho do meu trabalho. Todos os meus amigos estão convocados a esse mister. toda administração pública precisa de quem lhe aponte a ocorrência de senões ou de equívocos. Ninguém detém a verdade absoluta. Como diz **Eduardo Couture**, jurista uruguaio de fama universal,

“nenhum juiz tem a condição de infalível, nem a presunção de que nunca possa errar”.

É, exatamente, por essa condição humana do juiz que existem os tribunais de justiça aos quais compete o julgamento dos recursos, como há os tribunais superiores aos quais se recorre das decisões de outros tribunais.

Na diretoria do Fórum da Comarca de Fortaleza, contarei com a experiência e o descortino de um juiz de direito de formação completa, que é o dr. **Francisco José Martins Câmara**, que, por certo, contará com a participação, a compreensão e a contribuição de todos os juízes da capital. afinal, a distribuição da justiça do primeiro grau na Capital do Estado é atribuição dos seus juízes, à frente dos quais está agora outro juiz, com a mesma dignidade e com a mesma responsabilidade dos seus colegas magistrados.

A vice-presidência do tribunal será exercida pelo eminente **desembargador José Arísio Lopes da Costa**, magistrado culto, competentíssimo e hábil nos misteres da justiça. Estou certo de que essa tarefa está muito bem entregue e será por mim ampliada, tendo em vista a extraordinária capacitação intelectual e o conhecimento técnico de sua excelência. A Justiça do Estado só tem a ganhar com a contribuição desse digno e honrado homem público.

A corregedoria geral de justiça está a cargo do eminente **desembargador João Byron de Figueiredo Frota**. É atribuição grave e ingrata, porque diz respeito à perfectibilidade dos atos da administração da justiça, daí a sua fiscalização contínua, a apuração das mazelas e as correições em todo o Estado, mas a competência, a capacitação intelectual, o espírito de justiça e a experiência enorme da prática forense farão do **desembargador Byron** o homem adequado à execução dessa missão tão importante à credibilidade da justiça.

Esses juízes me dão a certeza e a tranquilidade de que o jurisdicionado será o único vitorioso.

Estou contando com a contribuição atuante e destemida do Ministério Público do Estado do Ceará, representado por sua expressão maior, a doutora **Socorro França**, ativa procuradora geral de justiça, comprometida com a ordem jurídica, com o regime democrático e com os interesses indisponíveis da sociedade, que ela defende, intransigentemente, com dignidade e com independência. Essa conduta esperada do ministério público propiciará a segurança de um judiciário disponível a todos os cidadãos com uma prestação jurisdicional imparcial e transparente.

Faz parte da minha expectativa, nesta administração que se inicia, a contribuição da valorosa e prestimosa Defensoria Pública, em todas as varas, na justiça comum e nos juizados especiais, nos juizados da infância e da juventude, nas varas criminais, diuturnamente, de modo que nenhum jurisdicionado desta unidade da federação, por ser pobre, fique sem assistência jurídica, na defesa de seus direitos, sem as terceirizações que podem culminar com virtuais burlas à

justiça e substancial prejuízo dos desvalidos, beneficiando cavilosos que obtenham gratuidade descabida e deletéria. É preciso que se reconheça de público a extrema necessidade da defensoria pública, que é *conditio sine qua non*, para que nenhum juiz deixe de cumprir sua missão de processar e de julgar por falta de um defensor público. só o fato de existir um cidadão, com seu direito à mercê de uma decisão judicial, já obriga o Estado a lhe dar um defensor. O devido processo legal implica a existência de um defensor público aos verdadeiramente necessitados.

Para o desempenho do meu compromisso, neste mandato que começa hoje, urge que conte com a contribuição efetiva e atuante da **Ordem dos Advogados do Brasil**, aqui representada pelo presidente de sua seccional cearense, o dr. **Hélio Leitão**. a OAB é a instituição indispensável à existência da justiça. nenhum juiz, por certo, se sentirá bem de espírito, ao proferir sentença contra um cidadão do povo que não esteja assistido por advogado. Eu, de mim, que advogado fui e que juiz sou, não teria paz de espírito em proclamar uma sentença contra alguém que não possua advogado constituído, por isso discordo, veementemente, da existência de leis que dispensam a presença do advogado em feitos que estão sob decisão judicial. Tais leis, para mim, serão sempre inconstitucionais, em face do disposto no art. 133 da carta magna.

O advogado não pode ser considerado simples defensor de interesses privados ou auxiliar do juiz. Profissional do Direito, independente, autônomo no exercício de sua profissão, não tem subordinação a juiz nem ao ministério público. os limites de sua conduta profissional estão na lei, que assegura os direitos que defende, e nos lindes de sua ética profissional, que deve manter e guardar como princípio maior da deontologia forense.

A coragem, a combatividade, o destemor, a capacitação intelectual e a ética de um profissional da advocacia são o contributo maior e mais importante ao julgamento de qualquer pretensão, seja entre miseráveis ou abonados, perante juiz singular ou perante os tribunais. Ao discernimento de qualquer magistrado, de qualquer grau de jurisdição, uma defesa feita por um advogado, com esses predicados, permite maior acerto no julgamento.

A advocacia é a garantia do poder jurisdicional do Estado, como o é, também, o contributo do ministério público. Não é em vão que ambas as categorias componham os tribunais, porque, em todo colegiado da justiça, é preciso contar com a experiência dessas três atividades.

Dirijo-me, agora, ao laborioso, prestimoso e incansável serventuário da justiça, competente, indispensável ao bom funcionamento da máquina judiciária, cujo desvelo para com a coisa pública faz parte de sua vida e de cuja honestidade e lealdade depende a confiança que o juiz neles deposita na exata tramitação dos processos postos sob sua jurisdição. A eles faço o empenho da

minha palavra visando à sua valorização e à dignificação de seu trabalho, disponibilizando programa de capacitação, de avaliação, de desempenho e de adequação do PCC.

Esses integrantes do poder judiciário estão na base de todos os atos do processo. São esses servidores os executores dos atos jurisdicionais. Da prática forense deles, correta e pronta, leal e honesta, depende a satisfação do cidadão que precisa da justiça.

Ao **jurisdicionado** – aquele titular de direito credor do acesso à justiça, a que se refere o inciso XXXV, do art. 5º da Constituição Federal – o qual é a razão primeira e maior da existência do Poder Judiciário e é, muita vez, humilhado, muita vez decepcionado, mas ainda esperançoso na justiça dos homens – que está sob nossa responsabilidade – garanto disponibilizar meios para melhorar a prestação jurisdicional e não deixar que a verdade de seu direito possa se perder nos corredores da justiça.

Para **Ihering**, o Direito é produto da luta, e não de um processo natural, como defende **Savigny**. Em última análise, o fim almejado pelo direito é a paz social, independente da filosofia que se adote ou da crença que se tenha. Esse é o meu propósito.

Estou atento às sábias palavras do **desembargador Bruno Afonso de André**, quando corregedor geral de justiça do Estado de São Paulo, ao apresentar a memorável obra “da conduta do juiz”, do hoje ministro do STJ **Sidnei Agostinho Beneti**, quando afirma:

“A justiça tem que ser cada vez mais uma instituição a serviço das partes, pois o próprio Estado em que ela figura como um dos poderes deve ser o instrumento por excelência da grande sociedade”.

Esse notável magistrado acrescenta que

“O direito das partes é a maior preocupação do verdadeiro juiz, que jamais deverá confundi-lo com a forma legal de alcançá-lo”.

Esse é o meu entendimento, e esse é o perfil de juiz com que quero contar, doravante, mas dentro da imagem que dele traçou o professor **Dalmo de Abreu Dallari**, em sua obra “**O Poder dos Juizes**”, em cujo texto proclama que “um juiz não pode ser escravo de ninguém, nem de nada, nem mesmo da lei”.

Na minha gestão, promoverei a integração entre todos os operadores

do direito: Juízes, membros do Ministério Público, Defensores Públicos, Advogados e Servidores, nos lindes da lei e dos princípios da ética, que são os princípios da moral, oferecendo-lhes condições adequadas ao acesso representativo da sociedade na administração da justiça.

Dirigirei o Tribunal de Justiça do Estado do Ceará de forma democrática, participativa e humanizada, com estabelecimento de metas e a criação de mecanismos que permitam a consciente absorção dos propósitos da administração por parte de todos os seus destinatários.

Algumas questões despontam, claramente, como prioridades à efetivação da justiça.

1) a ampliação da ouvidoria, o que imporá a instalação de núcleos na área cível, na criminal, na fazendária e nos juizados especiais, coordenados todos pela ouvidoria geral da justiça;

2) o juizado da infância e da juventude e as varas de família, por suas características específicas, recomendam a aplicação de métodos modernos, que propiciem a eficácia das decisões, ou seja, a mais rápida solução das pendências, de modo a abrandar de forma mais ampla os conflitos latentes;

3) os entes judiciários e extrajudiciários, envolvidos no atendimento da infância e da juventude, deverão manter-se sempre atentos, não só em relação ao jovem conflitado com a lei, mas, igualmente, no que se refere a todas as crianças e adolescentes carentes de medidas protetivas do Estado-juiz, cujos direitos são assegurados, prioritariamente, pela Constituição Federal;

4) a magnitude desta questão aponta para a regionalização de juizados da infância e da juventude nas comarcas do interior, cuja experiência pioneira deverá ser concretizada nos núcleos populacionais maiores ou sociologicamente mais afetados por essa aflitiva questão social;

5) a implantação de um núcleo de conciliação permanente em cada vara de família, com psicólogo habilitado a orientar as partes, em fase conciliatória, propiciará um notável estímulo à solução dos conflitos, sempre graves, desafogando o judiciário nesse importantíssimo setor.

Acerca da **conciliação nos conflitos judiciais**, o grande **Mauro Cappeletti**, notável doutor em Direito, da Universidade de Florença, na Itália, e professor da Universidade de Stanford, nos Estados Unidos, em sua famosa obra **Acesso à Justiça**, de 1978, traduzida em 1988, pela jurista **Ellen Gracie Northfleet**, depois presidente do Supremo Tribunal Federal, já aconselhava a

conciliação, porque “ **existem vantagens óbvias, tento para as partes quanto para o sistema jurídico, se o litígio é resolvido sem necessidade de julgamento** ”, com realce para os casos de família, em cujo desate litigioso nenhum juiz se sente confortável.

6) a instalação de salas de audiência, tecnicamente concebidas em cada presídio, mediante convênio com a Secretaria de Justiça, permitirá o interrogatório de réus presos no próprio estabelecimento penal, ensejando, a juízes e promotores das execuções penais, o acompanhamento mais seguro do processo de apenamento e a preservação dos apenados e de litigantes comuns. Isto evitará o encontro indesejado de ambos, seja pela imagem nefasta da condição de algemados, como pelo latente pânico de segurança. Ademais, propiciará mais economia do estado com locomoções de presos, sempre imprevisíveis, além de preservar, também, o respeito pela criatura humana, mesmo que encarcerada;

7) a criação de um **Conselho Gestor do Fermoju**, visando à melhor aplicação e administração dos recursos, recolhidos dos que pagam as custas, os quais se destinam àqueles litigantes, realmente pobres, que merecem o benefício que lhes dá o inciso LXXIV, do art. 5º da constituição federal.

Essas breves observações pontuais da realidade judiciária deste Estado refletem nosso deliberado propósito de trabalhar com firmeza por uma justiça mais célere, acessível e eficaz, com o fito de contribuir para a paz social.

Nunca esquecendo as palavras do sincero, honrado, decente, firme e sábio ministro **César Rocha**, em seu discurso de posse no Superior Tribunal de Justiça, segundo o qual “ **em cada processo, hospeda-se uma vida** ”. De fato, em cada processo, resumem-se todas as expectativas de quem litiga, dos que agem de boa-fé, mas também dos que militam no foro servindo-se da justiça para a obtenção de objeto ilícito. Cabe à sabedoria do juiz, à sua imparcialidade, à sua capacitação intelectual e à sua independência, pronunciar uma sentença da qual emane o desate do caso, mas que seja, acima de tudo, uma sentença justa ou, como ensina o já mencionado **Couture**,

“A sentença não é, portanto, a lei do caso concreto, mas a justiça do caso concreto, ditada de acordo com as previsões naturais da lei”.

No epílogo destas minhas singelas palavras, peço proteção de Deus para o desempenho na minha tarefa e ousou invocar as palavras do **rei Henrique**,

na criação de **Shakespeare**:

“Não pode haver couraça mais forte do que o coração limpo. Está três vezes mais armado quem defende a causa justa, ao passo que está nu, ainda que de aço revestido, o indivíduo de consciência manchada por ciúmes e injustiças”.

Agradeço às autoridades presentes e aos meus amigos, que me honram neste ato tão importante da minha vida. Estou imensamente feliz em vê-los neste momento.

Agradeço, de modo especial, à imprensa de meu País, cuja presença fiscalizadora é apanágio maior do estado democrático.

A **Iza**, minha única irmã, que Deus chamou para o seu reino, marcando profundamente de saudade a alma dos meus pais e deixando em mim o desencanto da desilusão eterna, mas com o conforto dos seus três filhos, meus sobrinhos **Danielle, Hugo Neto e Ivan Filho**, que dela receberam os mais belos exemplos de dignidade, decência e a grandeza de espírito com que Deus ornou o caráter dessa cidadã honrada e dessa mulher de bem, me servirá de inspiração para esta tarefa.

Por fim, numa referência absolutamente especial, dirijo-me ao meu filho **Ernani Barreira Porto Júnior**, um anjo que me ensinou a ser pai, com toda a sua impetuosidade de jovem, com toda a sua fragilidade como ser humano, com o seu imenso coração, sem ódio e sem manchas, um coração de criança, que sempre povoará a minha lembrança e a minha saudade. Eu seria infinitamente capaz de renunciar a tudo isso, se fosse preciso perdê-lo, para chegar a este momento.

Só quem perdeu um filho é capaz de mensurar o enorme vazio do coração de um pai, porém continuo, cada vez mais, convencido de que a sua chamada à casa do Pai Celestial, que nunca erra ou jamais errará, permite sua espiritual presença, que aqui e sempre me acompanhará.

Por isso não me arredarei do meu modo de pensar como juiz, em consonância com o modo de pensar dos meus pares, os magistrados, que recebemos do Senhor Deus a incumbência de julgar e a caliginosa tarefa de fazer justiça.

Obrigado.

ÍNDICE ALFABÉTICO REMISSIVO**JURISPRUDÊNCIA CÍVEL****AÇÃO RESCISÓRIA**

ICMS – cláusula de reserva de plenário – substituição tributária para frente – alegação de violação à literal disposição de normas de cunho processual e material – procedência.....202/203

Litisconsortes passivos necessários – ausência de citação – sentença inválida – vício que não se convalida – não incidência dos efeitos da coisa julgada.....211/212.

Usucapião – ausência de citação dos possuidores – possibilidade de reconhecimento do vício de nulidade na rescisória – decretação da nulidade da sentença declaratória da prescrição aquisitiva e do respectivo processo.....197.

AGRAVO DE INSTRUMENTO

Reintegração de posse – leasing – suspensão do feito reintegratório diante da concessão da concordata aos agravados – possibilidade – inteligência do Art.161, §1, inciso II, do Decreto-lei nº 7.661/45.....174/175.

Sentença superveniente – abrangência da matéria discutida na decisão interlocutória – teorias da hierarquia e da cognição – perda de objeto – recurso prejudicado.....171.

AGRAVO REGIMENTAL

Empregado público – suspensão de segurança – Art. 40, § 13, da Constituição Federal – submissão ao regime geral de previdência social – impossibilidade da permanência em regime próprio dos servidores públicos.....181.

Habeas corpus – decisão monocrática que negou liminar – impossibilidade de interposição de regimental.....189/190.

Licitação – participação de cooperativa – lesão à ordem e economia públicas – insubsistência da impugnação.....186.

APELAÇÃO CÍVEL

Acidente de trânsito – indenização – atropelamento de pedestre em rodovia – responsabilidade civil – culpa do motorista não comprovada – inteligência do Art. 333, I, do CPC – presunção – impossibilidade ante a ausência de prova pericial – culpa exclusiva da vítima.....94.

Acidente do trabalho – lesão neurossensorial bilateral – concausa - dano consistente na perda de função sensorial – responsabilidade civil – critérios de arbitramento – lucros cessantes – falta de provas.....146/147.

Aposentadoria – contribuição previdenciária – descontos quando já implementados todos os requisitos para concessão da aposentação – inadmissibilidade – Emenda Constitucional nº 20/98 – aplicação.....68.

Cartão de crédito – bloqueio – cláusula contratual – ausência de abalo ao crédito ou situação vexatória – dano moral inexistente – sentença mantida.....154.

Cédula de crédito rural – Decreto lei nº 167/67 – revisão contratual – preliminar de cerceamento de defesa – prova pericial contábil-financeira – desnecessidade – julgamento antecipado da lide – possibilidade – relação de consumo – aplicação do CDC – flexibilização do princípio pacta sunt servanda e da autonomia de vontade das partes – possibilidade.....44/45.

Contratos bancários – ação revisional e de busca e apreensão – ocorrência de conexão – causa de pedir remota sobre contrato de financiamento – compulsoriedade da conexão – precedentes jurisprudenciais.....13/14.

Direito do consumidor – suspensão da prestação de serviço de telefonia móvel – suposta inadimplência – valores decorrentes do uso indevido da conta por terceiros – clonagem – fato reconhecido pela prestadora – descaso no atendimento – dano moral configurado.....102.

Divórcio direto litigioso - apelação adesiva - exclusão de meação - único patrimônio da sociedade conjugal - impossibilidade pelo Art. 259 do Código Civil de 1916 - regência do contrato.....78/80

Gratuidade da justiça – impugnação – recebimento de indenização – programa de demissão voluntária (PDV) – ausência de prova que infirme a presunção

decorrente da declaração de pobreza – benefício concedido.....88/89.

Leasing - VRG antecipado – não descaracterização do contrato – juros capitalizados – ilegalidade – cumulação de comissão de permanência e correção monetária – vedação – incidência do CDC no contrato firmado com instituição financeira.....161.

Oficial da polícia militar – reforma ex officio por força de laudo médico – laudo oficial que demonstra a mesma causa de jubramento que fundamentou anterior reforma e que foi invalidada por decisão judicial transitada em julgado – inteligência do Art. 5º, XXXVI, da Constituição Federal e dos Arts. 467 e 468 do Código Buzaid – reintegração aos quadros efetivos da PM – direito às promoções que teria direito por antiguidade.....119/120.

Plano de saúde – dano moral e material – realização de procedimento médico – urgência – não autorização – atendimento precário - código do consumidor – princípios da proporcionalidade e da responsabilidade.....157.

Repetição de indébito – contrato administrativo – alegado pagamento de serviços não executados – não comprovação – perícia técnica constatando realização da contraprestação – improcedência do pedido.....129.

Responsabilidade civil objetiva do Estado – Art. 37, § 6º, da Constituição Federal – invasão de terreno por “sem tetos” - omissão do Estado comprovada – dever de indenizar caracterizado.....112/113.

Servidor público – equiparação vencimental – isonomia externa – impossibilidade por via judicial – Súmula 339, do STF.....73.

Servidor público – reajuste setorial de 19% para integrantes do magistério de 1º e 2º graus – extensão aos demais servidores estaduais – impossibilidade – revisão geral – incoerência – isonomia – inaplicabilidade – Súmula 339 do STF.....33/34.

Servidor público municipal – revisão vencimental – previsão para os procuradores do município – servidores da secretaria de finanças municipal – inaplicabilidade - pedido de isonomia – impossibilidade – ausência de lei específica – Súmula 339, do STF.....105/106.

MANDADO DE SEGURANÇA

ICMS – demanda reservada de potência – incidência – impetração do mandado por sindicato – ilegitimidade ativa da entidade associativa – extinção do processo por ausência de uma das condições da ação.....247.

Imposto sobre transmissão “causa mortis” e doação – pretensão de restituição do contribuinte – inadequação da via eleita – não substituto da ação de cobrança – incidência da Súmula 269 e 271 do STF – extinção do processo sem julgamento do mérito.....225.

Servidor público – professora da rede estadual – direito à ampliação definitiva da jornada de trabalho com os consectários remuneratórios – prescrição normativa do Art. 1º, da Lei estadual nº 13.728/06 – não atendimento de um dos pressupostos legais específicos – ausência de direito líquido e certo – denegação.....226.

Servidor público – remoção em período de eleições municipais – possibilidade – ato sem a necessária motivação – nulidade reconhecida.....221.

Servidor público – vencimentos totais acima do salário mínimo – ausência de ilegalidade – orientação do STF – o Art. 7, IV c/c o 39, §2º, da Constituição Federal, refere-se à remuneração total e não apenas ao vencimento base – denegação.....254.

Teto remuneratório – proventos de aposentadoria e pensões estatutárias – ex-audidores fiscais do Estado – constitucionalidade da aplicação do redutor vencimental.....230/232.

JURISPRUDÊNCIA CRIMINAL

AGRAVO EM EXECUÇÃO

Homicídio qualificado – crime hediondo – concessão de progressão de regime prisional – inconformismo do ministério público – possibilidade da progressão – Lei nº 11.464/07263.

APELAÇÃO CRIME

Estelionato – autoria provada e tipificado o crime – apelante reincidente – presença do animus de enganar - ocorrência da vantagem ilícita e lesão patrimonial.....284.

Estupro – absolvição negada – aumento da pena previsto no art. 9º da Lei nº 8.072/90 – vítima menor de 14 anos e uso de violência real – crime hediondo – incidência – direito à progressão de regime – reconhecimento de ofício269.

Roubo qualificado – materialidade e autoria comprovadas – tese de crime continuado em detrimento do concurso material – inadmissibilidade – habitualidade criminosa que se distingue da continuidade delitiva.....286.

Tentativa de roubo qualificado – autoria e materialidade comprovadas – absolvição inviável – depoimento dos policiais militares – validade – ausência justificada de declarações da vítima na fase instrutória.....277.

DESAFORAMENTO

Interesse da ordem pública e dúvida sobre a imparcialidade dos jurados – pronunciamento do magistrado – importância das informações prestadas – elemento essencial298/299.

Parcialidade dos jurados – meras conjecturas sem lastro de provas concretas – desaforamento não autorizado297.

HABEAS CORPUS

Crime de extorsão mediante sequestro qualificado – formação de quadrilha e posse ilegal de arma de fogo – excesso de prazo na formação da culpa – inocorrência – enunciado nº 52/STJ309/310.

Golpe contra a saúde pública – SUS – guias de internação falsas - prisão em flagrante – motivação satisfatória – perduração do encarceramento para salvaguarda da coletividade.....305.

PERDA DA PATENTE

Oficial PM – duplo homicídio – estado de consistência obnubilado pelo uso de bebida alcoólica que anulou o senso de ordem social condição básica no exercício da responsabilidade funcional – conselho de justificação - assegurada a ampla defesa – considerado indigno de permanecer nos quadros da corporação militar315/316.

RECURSO CRIME EM SENTIDO ESTRITO

Liberdade provisória – concessão – oposição do Ministério Público requerendo a privação da liberdade até o julgamento – não demonstração da necessidade – ausência dos pressupostos do art. 312 do CPP – improvimento327.

REVISÃO CRIMINAL

Estupro – ausência de violência física ou grave ameaça – condenação fincada na palavra da vítima – destoante da vertência probatória – julgamento contra as provas dos autos – ocorrência333.



Esta obra foi composta em
Times New Roman e impresso em papel 24 kg.
Impressão e acabamento no Parque Gráfico do
Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, em
Fortaleza/CE, Junho de 2009.