



Tribunal de Justiça do Estado do Ceará

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

**Volume 33 - 2010
Janeiro / Março**

ISSN 2175-0874

R. Jurisp. Trib. Justiça Est. Ceará, Fortaleza, v.33, p. 1 - 363, 2010

Revista de Jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará
Volume 33.2010
Publicação Oficial do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, a cargo da Comissão de Jurisprudência e Biblioteca.
Os acórdãos selecionados para publicação correspondem, na íntegra, às cópias obtidas nos Gabinetes dos Desembargadores deste Egrégio Tribunal.

Comissão de Jurisprudência e Biblioteca

Desa. Edite Bringel Olinda Alencar - Presidente
Des. José Mário Dos Martins Coelho
Des. Francisco de Assis Filgueira Mendes
Secretário. Francisco Hudson Pereira Rodrigues
Disponível também em CD-ROM e no site
<http://www4.tjce.jus.br/sproc2/paginas/Revista.htm>

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
Bibliotecária - Maria Claudia de Albuquerque Campos CRB-3/214

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
ISSN 2175-0874

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

CDU 340.342 (05)

Tribunal de Justiça do Estado do Ceará
Centro Administrativo Gov. Virgílio Távora
Av. 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
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
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
Desembargador Haroldo Correia de Oliveira Máximo
Desembargador Francisco Pedrosa Teixeira
Desembargadora Vera Lúcia Correia Lima
Desembargador Francisco Auricélio Pontes
Desembargador Francisco Suenon Bastos Mota
Desembargador Clécio Aguiar de Magalhães
Desembargador Francisco Barbosa Filho
Desembargador Paulo Camelo Timbó
Desembargador Emanuel Leite Albuquerque
Desembargadora Sérgia Maria Mendonça Miranda
Desembargador Jucid Peixoto do Amaral
Desembargador Manoel Cefas Fonteles Tomaz

**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
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
Desembargador Francisco Gurgel Holanda
Desembargadora Maria Nailde Pinheiro Nogueira
Desembargadora Vera Lúcia Correia Lima
Desembargador Francisco Auricélio Pontes
Desembargador Francisco Suenon Bastos Mota
Desembargador Clécio Aguiar de Magalhães
Desembargador Francisco Barbosa Filho
Desembargador Emanuel Leite Albuquerque
Desembargadora Sérgia Maria Mendonça Miranda
Desembargador Jucid Peixoto do Amaral
Desembargador Manoel Cefas Fonteles Tomaz

1ª CÂMARA CÍVEL

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

Desembargador Fernando Luiz Ximenes Rocha - Presidente
Desembargador Francisco Sales Neto
Desembargador Raul Araújo Filho
Desembargador Emanuel Leite Albuquerque

2ª CÂMARA CÍVEL

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

Desembargador Ademar Mendes Bezerra - Presidente
Desembargador Francisco de Assis Filgueira Mendes
Desembargadora Maria Nailde Pinheiro Nogueira
Desembargador Francisco Auricélio Pontes

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
Desembargadora Vera Lúcia Correia Lima

5ª CÂMARA CÍVEL

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

Desembargador Francisco Gurgel Holanda - Presidente
Desembargador Francisco Suenon Bastos Mota
Desembargador Clécio Aguiar de Magalhães
Desembargador Francisco Barbosa Filho

6ª CÂMARA CÍVEL

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

Desembargador José Mário Dos Martins Coelho - Presidente
Desembargadora Sérgia Maria Mendonça Miranda
Desembargador Jucid Peixoto do Amaral
Desembargador Manoel Cefas Fonteles Tomaz

CÂMARAS CRIMINAIS REUNIDAS

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

Desembargador Francisco Haroldo R. Albuquerque-Presidente
Desembargador Luiz Gerardo de Pontes Brígido
Desembargador Raimundo Eymard Ribeiro de Amoreira
Desembargadora Maria Estela Aragão Brilhante
Desembargador Haroldo Correia de Oliveira Máximo
Desembargador Francisco Pedrosa Teixeira
Desembargador Paulo Camelo Timbó

1ª CÂMARA CRIMINAL

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

Desembargador Francisco Haroldo R. Albuquerque-Presidente
Desembargador Luiz Gerardo de Pontes Brígido
Desembargador Haroldo Correia de Oliveira Máximo
Desembargador Francisco Pedrosa Teixeira

2ª CÂMARA CRIMINAL

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

Desembargador Raimundo Eymard Ribeiro de Amoreira - Presidente
Desembargadora Maria Estela Aragão Brilhante
Desembargador Paulo Camelo Timbó

Sumário

Jurisprudência Cível

Apelação Cível.....	13/187
Agravo de Instrumento.....	191/219
Conflito de Competência.....	223/225
Embargos de Declaração.....	229/241
Embargos Infringentes.....	245/255
Habeas Corpus Cível.....	259/263
Reclamação Cível.....	267/271

Jurisprudência Criminal

Apelação Crime.....	277/295
Habeas Corpus.....	299/343
Recurso Crime em Sentido Estrito.....	347/357
Índice Alfabético.....	359/363

Jurisprudência Cível

Apelação Cível

APELAÇÃO CÍVEL N.º 2000.0010.5256-0/0

APELANTE: BANCO BANORT S/A

APELADOS: ALDONSO PALÁCIO DE OLIVEIRA E OUTRO

RELATOR: DESEMBARGADOR ADEMAR MENDES BEZERRA

EMENTA: CIVIL. PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE TERCEIRO SENHOR E POSSUIDOR. CONSTRIÇÃO NA POSSE DE IMÓVEL DE PROPRIEDADE DOS EMBARGANTES. REMÉDIO JURÍDICO QUE SE PRESTA À DEFESA DOS BENS JÁ SUBMETIDOS À CONSTRIÇÃO JUDICIAL POR PENHORA. ART. 1.046, § 1º DA LEI ADJETIVA CIVIL.

- “Quem, não sendo parte no processo, sofrer turbação ou esbulho na posse de seus bens por ato de apreensão judicial, em casos como o de penhora, depósito, arresto, sequestro, alienação judicial, arrecadação, arrolamento, inventário, partilha, poderá requerer lhes sejam mantidos ou restituídos por meio de embargos”. “Os embargos podem ser de terceiro senhor e possuidor, ou apenas possuidor” (CPC, art.1.046, § 1º).

- No caso concreto, não há nos autos prova de que os bens penhorados pertencem ao devedor/executado. A posse constitui direito inerente à propriedade. Os embargantes comprovaram ser proprietários dos imóveis e que sua posse foi turbada mediante constrição judicial. Somente os bens do executado respondem perante o juízo da execução. Sentença confirmada.

- Apelação conhecida, mas improvida.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de Apelação n.º 2000.0010.5256-0/0, em que figuram as partes acima indicadas. Acorda a 2ª Câmara Civil do egrégio Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, por unanimidade, conhecer, mas para negar provimento ao recurso, nos termos do voto do relator.

Fortaleza, 11 de novembro de 2009.

RELATÓRIO

Adoto o lúcido relatório de fls. 75/76.

VOTO

Conheço do recurso, pois presentes os pressupostos de sua admissibilidade.

Ajuizados no distante ano de 1988, os Embargos de Terceiros visam restituir em favor dos embargantes (apelados) dois tanques de armazenamento de óleo, devidamente averbados na matrícula nº 586 - Cartório da 1ª Zona de Imóveis - penhorados por ato de apreensão judicial. Sustentam os embargantes que no imóvel, onde foram penhorados os tanques, funciona uma indústria de Betoneiras, e fora locado ao devedor Sr. Samuel do Amaral Fiúza.

Julgando o feito, o douto magistrado *a quo* proferiu sentença nos seguintes termos:

“Encontra-se às fls. 8, dos autos da execução, petição de SAF-ENGENHARIA E SERVIÇOS LTDA., e outro, nomeando à penhora 10 (dez) betoneiras. Sem que fosse tomado por termo a nomeação, apresentou o ora embargado com o requerimento de fls. 15, mas deixando posteriormente que fossem penhorados somente os bens dos embargantes e permitindo que ficassem livres de expropriação as betoneiras indicadas pelos devedores. A execução prosseguiu, até a realização da praça sem licitante.

Não pode o embargado isentar-se da imissão.

Em vista disso, julgo procedentes os embargos, tornando definitiva a liberação dos tanques pertencentes aos embargantes e condenando o embargado nas custas e honorários, que ficam arbitrados em 15% sobre o valor da dívida. Prossiga-se na execução. Demorado em face do signatário permanecer à disposição do Tribunal Regional Eleitoral desde Maio de 1.988.”

Inconformado com a decisão contrária aos seus interesses, o banco apelante interpôs recurso de apelação, alegando, como razões de reforma da sentença, que em momento algum ficou provado que os bens penhorados nos autos e pertencentes aos apelados, tenham sido indicados pelo recorrente; todavia, alega, que não pode dizer o mesmo com relação aos executados, SAF Engenharia Ltda e seu sócio majoritário Samuel Fiúza do Amaral, que inclusive aceitou o encargo de depositário fiel. Continua arguindo que a indicação do bem ocorreu por parte dos executados.

Não comporta provimento a vertente pretensão recursal, pois, à evidência, não merece reproche o *decisum* recorrido. Vejamos.

Sobre a ação em comento, eis a dicção do art. 1.046 da Lei Adjetiva Civil:

“Art. 1.046. Quem, não sendo parte no processo, sofrer turbação ou esbulho na posse de seus bens por ato de apreensão judicial, em casos como o de penhora, depósito, arresto, seqüestro, alienação judicial, arrecadação, arrolamento, inventário, partilha, poderá requerer lhes sejam mantidos ou restituídos por meio de embargos”.

§1º. Os embargos podem ser de terceiro senhor e possuidor, ou apenas possuidor”

Acerca dos embargos de terceiro, veja-se o que orienta o processualista Humberto Theodoro Junior (*in* Curso de Direito Processual Civil, vol. II. 16ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 1996, p. 291), verbis:

“No direito pátrio, os embargos de terceiro visam a proteger tanto a propriedade como a posse e podem fundamentar-se quer em direito real quer em direito pessoal, dando lugar apenas a uma cognição sumária sobre a legitimidade ou não da apreensão judicial”.

E continua preleccionando:

“A melhor conceituação dos embargos de terceiro é, portanto, a que vê nesse remédio processual uma ação de natureza constitutiva, que busca desconstituir o ato judicial abusivo, restituindo as partes ao estado anterior à apreensão impugnada”.

Com efeito, os embargantes, ora apelados, sustentam que a penhora incidira sobre os bens de que são proprietários e possuidores, quais sejam, dois tanques de armazenamento de óleo, e que, por tal penhora, vem sofrendo esbulho na posse dos referidos bens.

Verifica-se à fl. 8 do processo de execução que o devedor nomeou para penhora 10 (dez) Betoneiras – O Km de marca ŠAF, com o fim de cumprir o que dispõe o art. 655 do CPC.

Com efeito, pelo teor do auto de penhora e depósito acostado à fl. 19 dos autos, constata-se que a penhora determinada à fl. 18 recaiu sobre dois tanques de armazenamento de óleo, objeto da matrícula nº 586 do Cartório de Imóveis da 1ª Zona de Fortaleza (escritura e registro de fls. 06/10), de propriedade dos ora apelados, e não sobre os bens nomeados pelo devedor, quais sejam, 10 (dez) betoneiras – O Km de marca SAF.

O art. 1050 do CPC dispõe acerca dos requisitos da petição inicial dos embargos: aqueles do art. 282 do CPC e, além disso, a prova sumária da posse e a qualidade de terceiro.

Os apelados (embargantes) cumpriram todas as exigências legais

para a admissibilidade da ação de embargos de terceiro, vez que demonstraram e comprovaram de plano o ato constrictivo, não podendo, portanto, ser reformada a sentença recorrida, tendo em vista o cumprimento do que a legislação pertinente exige.

Assim posto, é de se ter por caracterizada a turbação sofrida pelos recorridos (embargantes) na posse dos dois tanques de armazenamento de óleo questionado, dos quais são comprovadamente legítimos proprietários, dando lugar a que possam requerer lhes sejam restituídos por meio dos presentes embargos, posto não figurarem como responsáveis pelo pagamento da dívida em cobrança executiva.

Sobre a matéria, a orientação da jurisprudência pátria, por arestos que se transcrevem:

EXECUÇÃO FISCAL - CONTRIBUIÇÕES PREVIDENCIÁRIAS - PENHORA - EMBARGOS DE TERCEIRO - I - A tendência da legislação e da jurisprudência, principalmente a partir da reforma de 1994 do Código de Processo Civil, é direcionada à proteção do terceiro adquirente e não do credor. II - **Conforme a norma do artigo 1046, caput e § 1º, do CPC, tem o proprietário, ou o possuidor, a possibilidade de defender o seu patrimônio, objeto de penhora, por meio dos embargos de terceiro, haja vista que somente os bens do executado respondem perante o juízo da execução.** III - Nos embargos de terceiro a discussão cinge-se à legitimidade ou não da penhora, e não à propriedade do móvel. IV - Procedência dos Embargos. (TRF 3ª R. - AC 423121 - 2ª T. - Rel. Des. Fed. Cecília Mello - DJU 16.01.2004 - p. 92) JCPC.1046 JCPC.1046.1” (grifou-se)

EXECUÇÃO FISCAL - EMBARGOS DE TERCEIRO - AUSÊNCIA DE RESPONSABILIDADE PELO DÉBITO - HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS - 1. **Correta a sentença que afastou a penhora sobre o bem de propriedade de terceiro, não responsável pelo pagamento do débito.** 2. Mantidos os honorários advocatícios da sentença, pois fixados em valor inferior ao padrão utilizado por esta Turma, bem como em face da inexistência de recurso da parte interessada em sua majoração. (TRF 4ª R. - REO-AC 2001.7101.001485 - RS - 2ª T. - Rel. Des. Fed. Dirceu de Almeida Soares - DJU 07.01.2004 - p. 222) (grifou-se)

Diante de todo o exposto, toma-se conhecimento do presente recurso apelatório interposto, para, contudo, negar-lhe provimento.

É como voto.

Fortaleza, 11 de novembro de 2009.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 2000.0015.8606-9/0
APELANTE: UNIMED DE FORTALEZA – COOPERATIVA DE
TRABALHO MÉDICO LTDA
APELADA: ANTÔNIA MACHADO DA ROCHA
RELATOR: DES. ADEMAR MENDES BEZERRA

EMENTA: PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO CAUTELAR. AUSÊNCIA DE INDICAÇÃO DA LIDE PRINCIPAL E DO SEU FUNDAMENTO. NATUREZA SATISFATIVA. FALTA DE OPORTUNIDADE PARA A EMENDA DA INICIAL. IRREGULARIDADE SANÁVEL. DESFUNDAMENTAÇÃO DA SENTENÇA A QUO. NÃO CONFIGURAÇÃO. CERCEAMENTO DE DEFESA NÃO CONFIGURADO. TRATAMENTO ONCOLÓGICO POR MEIO DE SESSÕES DE QUIMIOTERAPIA POSTERIORES AO PROCEDIMENTO CIRÚRGICO. LIMITAÇÃO QUANTITATIVA. IMPOSSIBILIDADE. INTELIGÊNCIA DA SÚMULA Nº 302 DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA.

I – A petição inicial da lide cautelar preparatória deve indicar a ação principal e o seu fundamento, cabendo ao Juiz processante determinar a emenda da vestibular e decretar a sua inépcia caso não corrigida a falha. Porém, em se tratando de cautelar satisfativa, a jurisprudência vem mitigando essa exigência quando não se puder individualizar precisamente o fundamento da ação futura, porquanto não se tem certeza de que será ajuizada.

II – No caso dos autos o Juiz da causa não determinou a emenda da inicial, não havendo motivo para decretar a inépcia da petição vestibular, verificando-se, ainda, o caráter satisfativo da prestação jurisdicional pugnada pela via cautelar.

III – Nula é a sentença ou a decisão interlocutória que não expuser os fundamentos do convencimento do magistrado, não se podendo acoimar do vício de nulidade o ato judicial que, de forma sucinta, expõe as razões em que se funda a persuasão jurisdicional, permitindo à parte o exercício pleno do direito à recorribilidade.

IV – O cerceamento do direito de defesa é oponível

quando não se oferece à parte a oportunidade de opor-se à pretensão da contraparte, não se configurando quando a ré não se desincumbe do ônus processual de provar o fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito da autora (art. 333, II, do CPC).

V – A limitação do número de sessões de quimioterapia a que a contratante de plano de saúde complementar pode se submeter constitui cláusula contratual abusiva, afrontando, por similitude, a Súmula nº 302 do STJ, demonstrando-se, por conseguinte, o *fumus boni juris et periculum in mora* autorizadores do provimento cautelar postulado.

VI – Em se tratando de procedimentos quimioterápicos em continuação a cirurgia oncológica, a descontinuidade das sessões necessárias à medicação da paciente pode impedir a cura do mal que a aflige.

Recurso conhecido, porém improvido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de apelação cível nº 2000.0015.8606-9/0, em que figuram as partes acima indicadas, acordam os Desembargadores integrantes da Segunda Câmara Cível do egrégio Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, à unanimidade, em conhecer do recurso em referência, porém negar-lhe provimento, na conformidade do voto do relator.

Fortaleza, 11 de novembro de 2009.

RELATÓRIO

Antônia Machado da Rocha ajuizou medida cautelar preparatória contra a Unimed de Fortaleza – Cooperativa de Trabalho Médico Ltda alegando que mantém contrato objetivando a cobertura de serviços de assistência médico-hospitalar, com livre escolha dos médicos e hospitais cooperados e dos demais serviços credenciados pela contratante.

Assevera a autora que desde outubro de 1997 vem recebendo tratamento quimioterápico pós-operatório e que a médica que lhe assiste receitou a continuidade do tratamento necessário, todavia a requerida somente permitiu a realização de quinze sessões. Todavia, embora tenha se submetido a apenas sete sessões de tratamento quimioterápico, a Unimed de Fortaleza negou-se a autorizar a continuidade do tratamento até as quinze sessões receitadas.

A peça de intróito foi instruída com os documentos de fls. 05/11.

Medida liminar deferida à fl. 14.

Contestação às fls. 17 a 23 aduzindo, em preliminar, o descumprimento do artigo 801 do CPC, por não ter a requerente, indicado a ação principal que pretende ajuizar. No mérito defende que a negativa formulada ao tratamento quimioterápico receitado à autora conforma-se com disposições contratuais que permitem a autorização de quinze sessões anuais de quimioterapia. Afirma, ainda, que cada ciclo de tratamento a que a promovente se submete são utilizados até três guias de quimioterapia.

Às fls. 30 e seguinte a ré peticionou juntando cópia da petição de agravo de instrumento (fls. 32/43), cumprindo determinação inserida no art. 526 da Lei de Ritos.

Réplica às fls. 45 a 47.

Destramando o feito, o Juiz processante proferiu sentença, repousante às fls. 49 a 51, julgando procedente os pedidos vestibulares e condenando a ré ao pagamento das custas processuais e de honorários advocatícios no importe de dez por cento sobre o valor da causa.

Inconformada, a promovida interpôs recurso apelatório (fls. 54 a 62) suscitando, preliminarmente, a inépcia da inicial pelo não atendimento ao requisito do art. 801 do CPC, a ausência de fundamento da sentença e o cerceamento do direito de defesa da recorrente, sem que o julgador tenha determinado a realização de audiência de conciliação ou produzida qualquer prova. Em sede meritória reforça a higidez do instrumento contratual, limitador da quantidade das sessões quimioterápicas anuais.

Contrarrazões às fls. 65/67 refutando os argumentos recursais sob o cotejo do §2º, inc. I, do art. 12 da Lei nº 9.656/1998.

Remetidos os autos a esta Corte de Justiça, foram submetidos a sucessivas distribuições relatoriais, recaindo, afinal, sob a minha pessoa, o *munus* da relatórios (fl. 114), na qualidade de sucessor do em. Des. João de Deus Barros Bringel na Segunda Câmara Cível deste Sodalício.

Parecer da douta Procuradoria Geral de Justiça, repousa parecer às fls. 118/122 opinando pelo conhecimento e improvimento recursal.

É o relato.

VOTO

Recurso próprio e tempestivo. Atendidos os requisitos intrínsecos e extrínsecos de admissibilidade.

A apelante suscita três preliminares, a seguir abordadas.

A inépcia da inicial, em face do não atendimento à regra do inc. III do art. 801 do CPC, merece rejeição.

A ausência de menção, pelo requerente, da lide e seu fundamento, em lides cautelares, constitui violação suficiente à configuração da inépcia da inicial.

Porém, em se tratando de ação cautelar de natureza satisfativa,

caso dos autos, essa exigência é mitigada pela jurisprudência, segundo excertos colacionados da obra Código de Processo Civil e Legislação Processual em Vigor (Theotonio Negrão, Editora Saraiva, 39ª ed., 2007, pg. 932):

Art. 801: 3a. A referência à ação principal, na inicial cautelar, é necessária, para que se possa verificar se o requerente da medida tem legitimidade e interesse para propor a ação principal (JTA 87/128, Lex-JTA 138/273, RJTAMG 20/119). Mas, nos casos em que não pode indicar com precisão qual o fundamento da ação que vai propor, porque nem mesmo sabe se irá propô-la (como ocorre, p. ex, no exame de livros), deve ser mitigada a exigência do art. 801-III (JTA 41/67, maioria). Se a medida cautelar tem caráter satisfativo, não é necessária a indicação à ação principal. V. a respeito, art. 808, nota 6. Neste sentido: RSTJ 103/261, 133/338, RT 611/776).

Justiça: A título ilustrativo, a jurisprudência do colendo Superior Tribunal de

MEDIDA CAUTELAR DE PRODUÇÃO ANTECIPADA DE PROVAS. APLICAÇÃO DO ART. 801, III, DO CPC. PRECEDENTE.

1. Como assentado em precedente e na doutrina, a medida cautelar de produção antecipada de provas não reclama observância do art. 801, III, do CPC.
2. Recurso especial não conhecido. (REsp 101954/RJ, Rel. Ministro CARLOS ALBERTO MENEZES DIREITO, TERCEIRA TURMA, DJ 25/05/1998 p. 100)

PROCESSO CIVIL - AGRAVO DE INSTRUMENTO - NEGATIVA DE PROVIMENTO - AGRAVO REGIMENTAL - AÇÃO CAUTELAR - EXIBIÇÃO DE DOCUMENTOS - CARÊNCIA DE AÇÃO - REEXAME DE PROVA - VEDAÇÃO - SÚMULA 07/STJ - INDICAÇÃO DA LIDE PRINCIPAL - DESNECESSIDADE - AUSÊNCIA DE VIOLAÇÃO AO ART. 844, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL - SÚMULA 83/STJ - DESPROVIMENTO.

1 - Havendo o Tribunal *a quo* reconhecido, com base nas provas dos autos, não ser a autora carecedora do direito de ação, é vedado a esta Corte Superior, reexaminar a questão, a teor da Súmula 07/STJ.

Precedente (REsp 473.094/RS).

2 - Este Tribunal já proclamou o entendimento de que, na medida cautelar que objetiva a produção de prova para futura

utilização, é desnecessária a indicação da lide principal, bem como do seu fundamento. Precedente (REsp 104.356/ES).

3 - Aplica-se, portanto, à hipótese o enunciado sumular de nº 83/STJ.

4 - Agravo Regimental conhecido, porém, desprovido. (AgRg no Ag 508.489/RS, Rel. Ministro JORGE SCARTEZZINI, QUARTA TURMA, DJ 04/10/2004 p. 305)

A irregularidade apontada não é suficiente para indicar a inépcia da inicial, vez que caberia, de outra sorte, ao Juiz sentenciante, verificada a ausência de indicação da lide principal e do seu fundamento, determinar a emenda da inicial, não o fazendo por entender que não causou qualquer prejuízo ao requerido, ora apelante.

Quanto ao cerceamento de direito de defesa da recorrente, verifica-se inexistente, tanto que a recorrente foi devidamente citada para apresentar defesa (mandado de fl. 15 e verso) e efetivamente compareceu aos autos e apresentou contestação nos termos da peça de fls. 17 e seguintes.

Constata-se, ainda, que na ocasião da apresentação da defesa, cabia à requerida apresentar provas do fato modificativo, extintivo ou impeditivo do direito da autora, consoante dispõe o art. 333, inc. II, do CPC, não constituindo violação ao direito de defesa a falta de designação de audiência de conciliação ou a produção de provas em instrução processual.

Preliminar que se rejeita.

Finalmente, argui a apelante que a sentença encontra-se desprovida de fundamento, sendo nula.

A Constituição Federal, no seu art. 93, IX, e o Código de Processo Civil, no art. 458, erigem a fundamentação das decisões judiciais ao patamar de requisito de validade do ato judicial, objetivando a aferição da motivação de que se valeu o magistrado, assim como o exercício do direito de recorribilidade (art. 5º, LV, da CF/1988).

A sentença *a quo* é sucinta, em verdade, apontando a fumaça do bom direito e o perigo da demora, mas, sem sombra de dúvidas, não padece da mácula da falta de fundamentação, tanto que permitiu à recorrente compreender o teor da sucumbência que lhe foi aplicada e interpor o recurso apelativo.

Rejeição que se impõe.

No mérito razão não assiste à postulação recursal.

O caso dos autos envolve tema delicadíssimo, referente ao direito à saúde e ao tratamento médico e hospitalar da recorrida, paciente que se submeteu a cirurgia para extirpar câncer de cólon, tornando-se necessária a complementação do procedimento cirúrgico com o tratamento quimioterápico.

Todavia, segundo cláusula contratual a recorrente alega estar limitada a autorizar a realização de 15 (quinze) sessões de quimioterapia por ano de vigência da avença.

A limitação da quantidade de sessões de quimioterapia constitui

cláusula contratual abusiva e impeditiva da continuidade do tratamento oncológico necessário ao restabelecimento da saúde da paciente.

Sob esse assunto, já se pronunciou a Corte Uniformizadora Infraconstitucional, *verbis*:

DIREITO CIVIL. PLANOS DE SAÚDE. COBERTURA. LIMITAÇÃO CONTRATUAL/ESTATUTÁRIA AO NÚMERO DE SESSÕES DE QUIMIOTERAPIA. IRRETROATIVIDADE DA LEI Nº 9.656/98. RELAÇÃO DE CONSUMO. NATUREZA JURÍDICA DA ENTIDADE. DESINFLUÊNCIA. ABUSIVIDADE DA RESTRIÇÃO.

I - “A relação de consumo caracteriza-se pelo objeto contratado, no caso a cobertura médico-hospitalar, sendo desinfluyente a natureza jurídica da entidade que presta os serviços, ainda que se diga sem caráter lucrativo, mas que mantém plano de saúde remunerado” (REsp 469.911/SP, Rel. Ministro ALDIR PASSARINHO JÚNIOR, DJe 10/03/2008).

II - Reconhecida a incidência do Código de Defesa do Consumidor, impende reconhecer, também, a abusividade da cláusula contratual/estatutária que limita a quantidade de sessões anuais de rádio e de quimioterapia cobertas pelo plano. Aplicação, por analogia, da Súmula 302/STJ.

Recurso Especial a que se nega provimento. (REsp 1115588/SP, Rel. Ministro SIDNEI BENETI, TERCEIRA TURMA, DJe 16/09/2009)

A questão discutida nos fólios conforma-se à previsão sumular do enunciado nº 302 do STJ, a seguir transcrito:

É abusiva a cláusula contratual de plano de saúde que limita no tempo a internação hospitalar do segurado.

Configurada a plausibilidade do direito da parte e a irreparabilidade do direito postulado pela recorrida, cuja negação impediria a continuidade do tratamento quimioterápico a que vinha se submetendo para a cura de procedimentos oncológicos, hígida se mostra a sentença de primeiro grau.

As demais questões meritórias mostram-se afeitas à lide principal, na qual, em caso de insucesso da investida autoral, poderá haver o ressarcimento das despesas havidas pela recorrente com o tratamento quimioterápico.

Ex positis, em harmonia com o judicioso parecer da Procuradoria Geral de Justiça, conheço do apelo, todavia para negar-lhe provimento.

É como voto.

Fortaleza, 11 de novembro de 2009.

Nº 2000.0102.8708-7/1

APELANTES: JOÃO ROBERTO LOPES DE ARAGÃO E RICARDO WAGNER WALTER DE AGUIAR E SOCIEDADE BENEFICENTE SÃO CAMILO (HOSPITAL CURA DAR'S)

APELADA: LÚCIA MARIA DOS SANTOS MOREIRA

ÓRGÃO JULGADOR: TERCEIRA CÂMARA CÍVEL

RELATOR: DES. CELSO ALBUQUERQUE MACÊDO

EMENTA: APELAÇÕES CÍVEIS. DANOS MORAIS. ERRO MÉDICO. PRESCRIÇÃO. CÓDIGO CIVIL DE 1916 (ART. 177, DA LEI Nº 3.071/1916): VINTENÁRIA. CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR (ART. 27, DA LEI Nº 8.078/90): QÜINQUENAL. CIÊNCIA DO DANO E PROTOCOLO DA AÇÃO APÓS O ADVENTO DO CDC. PRINCÍPIO DA EFICÁCIA IMEDIATA DA LEI NOVA E DA ESPECIALIDADE (ARTIGOS 2º E 6º, DA LICC). PRESCRIÇÃO CONSUMERISTA CONFIGURADA. PRECEDENTES (STJ, TJ/RS E TJ/CE). APELOS CONHECIDOS E PROVIDOS. PRESCRIÇÃO PRONUNCIADA. EXTINÇÃO DO FEITO, COM RESOLUÇÃO DE MÉRITO (ART. 269, IV, DO CPC C/C O ART. 27, DO CDC). EXAME MERITÓRIO PREJUDICADO. ÔNUS SUCUMBENCIAIS INVERTIDOS. JUSTIÇA GRATUITA. ISENÇÃO (ART. 12, LEI Nº 1.060/50).

1-Em primeiro plano, devemos esclarecer qual a legislação reguladora da prescrição em comento, dado o aparente conflito de normas decorrente da coexistência, à época do alegado dano e da propositura da ação, da legislação civil comum (de 1916) e da consumerista.

2 -Muito embora o fato danoso e o protocolo da presente demanda tenham se dado, respectivamente, em 1994 e 1999, ainda sob a vigência do antigo Código Civil Brasileiro (Lei Nº 3.071/1916), não se pode olvidar a relação de consumo havida entre os litigantes, definida

nos artigos 2º e 3º, do Código de Defesa do Consumidor (Lei Nº 8.078/90), igualmente vigente à época da consumação dos mencionados fatos, norma sabidamente especial em relação àquela, sendo, portanto, de aplicabilidade preferencial, nos termos do art. 2º, § 2º, da LICC (Decreto-Lei 4.657/42).

3 -Enquanto o CCB/1916 previa a prescrição vintenária para as ações pessoais (art. 177) - prazo este, vale dizer, minorado para 03 (anos) no novo CCB/2002-03 (art. 206, § 3º, V) - o CDC adota a prescrição quinquenal às hipóteses de reparação pelos danos causados por fato do produto ou do serviço (art. 27).

4 -Após o estudo jurisprudencial e doutrinário da matéria, levando-se em conta notadamente o posicionamento majoritário hodierno do STJ, filio-me à corrente consumerista, curvando-me à incidência integral, no caso concreto, da prescrição quinquenal, perfilhada no art. 27, do CDC, fincado nos seguintes fundamentos: (i) o dano, a sua ciência pela autora e o protocolo da demanda, *in casu*, deram-se – todos - após o advento do Código de Defesa do Consumidor, atraindo a eficácia imediata da lei nova, segundo reza o artigo 6º, da LICC, restando afastada, inclusive, a adoção da norma de transição do art. 2.028, do novo CCB; (ii) *Lex speciali derogati lex generali*, ou seja, a lei especial (CDC) se sobrepõe à geral (CCB/1916), princípio de hermenêutica jurídica de aplicabilidade secular, igualmente previsto no art. 2º, § 2º, da LICC.

5 -Desta feita, definido o balizamento legislativo que nos orientará no estudo da presente demanda, qual seja, o Código de Defesa do Consumidor, vê-se, *in casu*, que o fato tido por danoso – histerectomia – foi realizado no dia 11/03/1994 (fl. 27). A biópsia foi laudada em 29/03/1994 (fl. 29). A ciência do dano pela autora, ora apelada, se deu 1 (um) mês e 15 (quinze) dias após a cirurgia, segundo ela própria afirmou em seu depoimento pessoal à fl. 138, tendo ingressado em juízo apenas em 06/05/1999 (fl. 02 – verso).

6 -Diante disso, contado 1 (hum) mês e 15 (quinze)

dias após a cirurgia ocorrida em 11/03/1994 (fl. 27), momento em que, repita-se, a autora teve ciência do alegado dano, temos que a prescrição, nos termos do art. 27, do CDC, iniciou-se em 25/04/1994, findando 05 (cinco) anos após esta data, ou seja, em 25/04/99.

7 -Desta feita, observando-se que o protocolo da presente demanda deu-se apenas em 06/05/99, não podemos fugir da lamentável conclusão de que a demanda foi proposta 11 (onze) dias após o transcurso do prazo prescricional. De outra banda, não poderia, a promovente, ter esperado tanto tempo para solucionar a quizila que há muito lhe afligia, conforme ventilado na sua inicial.

8 -APELAÇÕES CONHECIDAS E PROVIDAS. PRESCRIÇÃO PRONUNCIADA. EXTINÇÃO DO FEITO, COM RESOLUÇÃO DE MÉRITO (ART. 269, IV, DO CPC C/C O ART. 27, DO CDC). EXAME MERITÓRIO PREJUDICADO. ÔNUS SUCUMBENCIAIS INVERTIDOS. JUSTIÇA GRATUITA. ISENÇÃO (ART. 12, LEI Nº 1.060/50).

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos das Apelações Cíveis de Fortaleza Nº 2000.0102.8708-7/1, em que litigam as partes, acima nominadas, ACORDA, a Turma Julgadora da Terceira Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, por unanimidade, em CONHECER das apelações e em lhes DAR PROVIMENTO, para julgar extinto o processo, com resolução de mérito, nos termos do art. 269, IV, do CPC, vez que consumada a prescrição quinquenal, consoante o art. 27, do CDC, restando prejudicado o exame meritório da demanda. Sucumbência invertida, porém suspensa, por força do art. 12, da Lei nº 1.060/50, em razão da assistência judiciária gratuita concedida à autora à fl. 33, ora mantida, tudo nos termos do voto do Relator, que integra esta decisão.

RELATÓRIO

Tratam-se de 03 (três) RECURSOS DE APELAÇÃO, o primeiro interposto pelo médico JOÃO ROBERTO LOPES DE ARAGÃO (fls. 389/399); o segundo, pelo também médico RICARDO WAGNER WALTER DE AGUIAR

(fls. 403/411); e o terceiro pela SOCIEDADE BENEFICENTE SÃO CAMILO (HOSPITAL CURA DAR'S) (fls. 413/424), contra a sentença de fls. 373/382 (ratificada à fl. 401, por força da interposição de embargos de declaração - fls. 384/387), prolatada pelo JUÍZO DE DIREITO DA 29ª VARA CÍVEL DE FORTALEZA que houve por bem JULGAR PROCEDENTES os pedidos contidos na AÇÃO DE DANOS MORAIS, proposta por LÚCIA MARIA DOS SANTOS MOREIRA, deferindo, à autora, ora apelada, o pagamento de R\$ 210.000,00 (duzentos e dez mil reais), a título de danos morais decorrentes de uma cirurgia realizada na data de 11/03/1994, com divisão equitativa de R\$ 70.000,00 (setenta mil reais) para cada réu, com incidência de correção monetária e juros de mora de 2% (dois por cento) ao mês, a partir do ato ilícito, além da imposição de 15% (quinze por cento) de honorários advocatícios sobre o valor da condenação e do pagamento de custas processuais, sob igual rateio.

Aduz, JOÃO ROBERTO LOPES DE ARAGÃO (fls. 389/399), preliminarmente, que houve circunstância de PRESCRIÇÃO, nos termos do art. 27, da Lei Nº 8.078/90 (Código de Defesa do Consumidor – CDC), por evidente ultrapassados mais de 05 (cinco) anos entre a data do exame indicativo de cirurgia e a petição inicial: aquele, em 29/03/1994 (fl. 29); esta, em 06/05/1999 (fl. 02 – verso).

Quanto ao mérito, aponta enfoque de que realizou a cirurgia na apelada, após avaliação dos exames que foram encaminhados pelo Dr. Wagner, do Hospital da PM, bem como da própria Maternidade Escola *Assis Chateaubriand*, ressaltando que a paciente, há muito tempo, vinha sofrendo com hemorragias, com recomendação – última alternativa – de uma cirurgia com a retirada do útero, denominada *histerectomia*, no destaque de que, nos exames realizados, incluindo ultrassonografia, não apontaram sinais de gravidez. Insurge-se contra o valor estabelecido de indenização, sendo impossível a um médico que presta serviços ao SUS (Sistema Único de Saúde) arcar com pesado ônus financeiro, até porque não tem as mesmas condições financeiras de uma unidade hospitalar.

Por vez, RICARDO WAGNER WALTER DE AGUIAR (fls. 403/411) ressalta que o direito da autora está abalado pelo instituto da PRESCRIÇÃO, quando afirmou que, após a realização da biópsia, ficou sabendo que estava gestante e que o conhecimento da nova produção humana ocorreu 1 (um) mês e 15 (quinze) dias após a cirurgia. Assim, tal período – lapso entre a ciência do dano e o ingresso em juízo – seria de 5 (cinco) anos e 11 (onze) dias.

No tocante ao mérito, menciona que manteve sob seus cuidados médicos a apelada no primeiro trimestre da 1993, quando se queixava de sangramento transvaginal. Os exames físicos não foram suficientes para qualquer

conclusão verossímil. Realizada uma curetagem, com material submetido à biópsia, foi revelado caso de endométrio (membrana mucosa que reveste o útero internamente e que, de acordo com a fase do ciclo menstrual, sofre modificações em suas espessura e em sua estrutura).

Assim, atento à nova visão filosófica da ginecologia contemporânea de resguardar o corpo humano íntegro e em harmonia, com a preservação da saúde física e psicológica da mulher, utilizou novamente exames que possibilitassem melhor avaliação das doenças uterinas, chegando à conclusão ser necessário o tratamento cirúrgico com a retirada do útero. Nesta fase, submetida à ultrassonografia, o resultado foi normal, isto é, sem indicação de gravidez.

O resultado da biópsia (fl. 29), exame anatomopatológico, realizado pelo laboratório BIOPSE-Biomédica, Pesquisa e Serviços LTDA., sobre o material orgânico hysterectomizado da autora, é conclusivo quanto à existência de feto e placenta do 1º trimestre de gestação. Contudo, o nome que consta no referido exame (apenas LÚCIA MARIA) não é idêntico ao nome completo da apelada. Ao final, requer o conhecimento e provimento do recurso.

A terceira apelante - SOCIEDADE BENEFICENTE SÃO CAMILO (HOSPITAL CURA DAR'S) (fls. 413/424) – sustenta que a apelada era paciente do Dr. RICARDO WAGNER WALTER DE AGUIAR há algum tempo, quando se dirigiu ao hospital para a realização da cirurgia, sendo acompanhada de todos os exames necessários para a realização da *histerectomia*.

Entende que os depoimentos, tanto da apelada, como do rol de testemunhas, foram categoricamente claros e precisos quanto a não configuração da culpa. O hospital cumpriu a sua obrigação, colocando à disposição do médico e da paciente os exames e recursos solicitados, não sendo da competência do hospital imiscuir-se no trabalho do médico e alterar o rumo de sua orientação clínica. No caso telado, inexistente nexos causal entre o fato e o resultado, requerendo, o hospital, já nominado, seja dado provimento ao recurso.

No Juízo *a quo*, foram interpostos Embargos Declaratórios (fls. 384/387), todavia, desacolhidos à fl. 401, restando mantida integralmente a sentença, ora apelada.

Contra-razões da apelada às fls. 432/437, rebatendo, inicialmente, a prescrição, defendendo que a ciência do resultado da biópsia em questão, dando conta da retirada do útero + placenta + feto (fl. 29) da autora, dera-se apenas meses após a remessa de tal exame ao hospital, em razão da usual burocracia e de estar, a apelada, convalescendo da cirurgia capitaneada pelos médicos apelantes.

No mérito, defende a atribuição de responsabilidade civil objetiva ao hospital onde se processou a intervenção cirúrgica, ora questionada; e a subjetiva

aos médicos que operaram a promovente, na medida em que foram imprudentes quando não aprofundaram os exames médicos pertinentes visando a um correto diagnóstico, conduta essa que, certamente, teria alardeado a gravidez da paciente e, *ipso facto*, evitado a retirada equivocada dos órgãos reprodutores da apelada e a morte do feto.

Finaliza requerendo o não provimento dos apelos, com a manutenção do valor da condenação em danos morais imposto na sentença, o qual revelou-se razoável (muito embora aquém do pedido vestibular), suficiente à reparação do dano e ao alcance do caráter pedagógico da indenização e, ainda, sintonizado às condições financeiras dos apelantes, patrocinados por causídicos particulares, sem o gozo da gratuidade judicial.

Após a regular e automática distribuição do feito, foi exarado o despacho de fl. 449, com vistas ao desentranhamento de petição alienígena e, em consequência, à sua correta juntada e à regularização da numeração destes fólhos, ocasião em que os autos, finalmente, foram a mim conclusos para julgamento das três apelações (451).

Revistos na forma do art. 34, do Regimento Interno deste Tribunal.
É O RELATÓRIO.

VOTO

1) PRESSUPOSTOS DE ADMISSIBILIDADE RECURSAL:

Conheço dos 03 (três) recursos de apelação manejados pelas partes, por observar presentes os pressupostos intrínsecos e extrínsecos de admissibilidade (cabimento, legitimidade recursal, interesse recursal, tempestividade, regularidade formal, inexistência de fato impeditivo ou extintivo do poder de recorrer, preparo¹).

2) DA PREJUDICIALIDADE DE MÉRITO: PRESCRIÇÃO

“Então, o Reino dos céus será semelhante a dez virgens que, tomando as suas lâmpadas, saíram ao encontro do esposo. E cinco delas eram prudentes, e cinco, loucas. As loucas, tomando as suas lâmpadas, não levaram azeite consigo. Mas as prudentes levaram azeite em suas vasilhas, com as suas lâmpadas. E, tardando o esposo, tosquenejaram todas e adormeceram. Mas, à meia-noite, ouviu-se um clamor: Aí vem o esposo! Saí-lhe ao encontro! Então, todas aquelas virgens se levantaram e prepararam as suas lâmpadas. E as loucas disseram às prudentes: Dai-nos do vosso azeite, porque as nossas lâmpadas se apagam. Mas as prudentes responderam, dizendo: Não seja caso que nos falte a nós e a vós; ide, antes, aos

que o vendem e comprei-o para vós. E, tendo elas ido comprá-lo, chegou o esposo, e as que estavam preparadas entraram com ele para as bodas, e fechou-se a porta. E, depois, chegaram também as outras virgens, dizendo: Senhor, senhor, abre-nos a porta! E ele, respondendo, disse: Em verdade vos digo que vos não conheço. Vigiai, pois, porque não sabeis o dia nem a hora em que o Filho do Homem há de vir.”(Mateus 25:1-13)

A parábola bíblica das “Dez Virgens”, acima transcrita, no meu sentir, ilustra, com peculiar pertinência, o estudo do caso em apreço, obviamente não pelas personagens e, menos ainda, pelo contexto histórico. Em verdade, a sua mensagem subliminar remete-nos à polaridade da conduta humana, ao confrontar as conseqüências dos atos dos acautelados frente aos dos desatentos, não obstante a licitude e a grandeza de seus interesses, até mesmo para adentrar ao “Reino dos céus”.

In casu, o decurso do tempo sobreleva-se em importância enquanto fato jurídico, especialmente no que se refere à prescrição e à decadência, diante de sua influência abissal sobre as relações jurídicas, no que diz respeito à aquisição e à extinção de direitos. E o direito à indenização em danos morais, aqui perseguido, não foge a tal avaliação, conforme alardeado pelos réus, sem embargo de se tratar, a prescrição, de questão de ordem pública, devendo o juiz, proclamá-la, acaso verificada, de ofício (art. 219, § 5º, do CPC, c/c o art. 193, do CCB).

Em primeiro plano, devemos esclarecer qual a legislação reguladora da prescrição em comento, dado o aparente conflito de normas decorrente da coexistência, à época do alegado dano e da propositura da ação, da legislação civil comum (de 1916) e da consumerista.

Muito embora o fato danoso e o protocolo da presente demanda tenham se dado, respectivamente, em 1994 e 1999, ainda sob a vigência do antigo Código Civil Brasileiro (Lei Nº 3.071/1916), não se pode olvidar a relação de consumo havida entre os litigantes, definida nos artigos 2º e 3º, do Código de Defesa do Consumidor (Lei Nº 8.078/90)², igualmente vigente à época dos mencionados fatos, norma sabidamente especial em relação àquela, sendo, portanto, de aplicabilidade preferencial, nos termos do art. 2º, § 2º, da LICC (Decreto-Lei 4.657/42).

Enquanto o CCB/1916 previa a prescrição vintenária para as ações pessoais (art. 177) - prazo este, vale dizer, minorado para 03 (anos) no novo CCB/2002-03 (art. 206, § 3º, V) - o CDC adota a prescrição quinquenal às hipóteses de reparação pelos danos causados por fato do produto ou do serviço (art. 27).

Para tanto, socorremo-nos no judicioso magistério do Ministro do

Superior Tribunal de Justiça, HUMBERTO GOMES DE BARROS, ao exarar voto-vista nos autos do REsp Nº 731.078-SP, acostando-se, na hipótese, ao luzidio entendimento do Relator, Ministro CASTRO FILHO, ao aplicar as disposições do CDC aos serviços prestados pelos profissionais liberais, incluídos ali os médicos, com a ressalva do § 4º, do art. 14, daquele diploma, no tocante à responsabilidade subjetiva de tais obreiros, face à natureza *intuitu personae* dos serviços prestados e da confiança neles depositadas pelo paciente. Vejamos, a começar pela a ementa do voto principal, *in verbis*:

“RECURSO ESPECIAL. ERRO MÉDICO. CIRURGIÃO PLÁSTICO. PROFISSIONAL LIBERAL. APLICAÇÃO DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. PRECEDENTES. PRESCRIÇÃO CONSUMERISTA.

I - Conforme precedentes firmados pelas turmas que compõem a Segunda Sessão, é de se aplicar o Código de Defesa do Consumidor aos serviços prestados pelos profissionais liberais, com as ressalvas do § 4º do artigo 14.

II - O fato de se exigir comprovação da culpa para poder responsabilizar o profissional liberal pelos serviços prestados de forma inadequada, não é motivo suficiente para afastar a regra de prescrição estabelecida no artigo 27 da legislação consumerista, que é especial em relação às normas contidas no Código Civil.

Recurso especial não conhecido.” (Grifamos) (REsp 731078/SP, Rel. Ministro CASTRO FILHO, TERCEIRA TURMA, julgado em 13/12/2005, DJ 13/02/2006 p. 799)

Extrai-se do mencionado voto-vista, o seguinte:

“RECURSO ESPECIAL Nº 731.078 - SP (2005/0036043-2) CONSUMIDOR - PROFISSIONAL LIBERAL - MÉDICO - PRESCRIÇÃO QUINQUENAL - CDC, ART. 27.

- A prescrição da ação por fato da prestação do serviço médico é quinquenal.

- A prescrição definida no Art. 27 do CDC é especial em relação àquela específica da reparação civil, que fica relegada aos casos em que não se configure a relação de consumo (CDC, Arts. 2º e 3º). Assim, não houve revogação, simplesmente, a norma especial afasta a incidência da regra geral (LICC, Art. 2º, § 2º).

VOTO-VISTA

MINISTRO HUMBERTO GOMES DE BARROS: Acolho o primoroso relatório do e. Relator, Ministro Castro Filho.

Pedi vista para examinar a questão da aplicabilidade da prescrição quinquenal aos profissionais liberais, face ao prazo prescricional adotado no Art. 206, § 3º, V, do Código Civil.

Primeiramente, acompanho o il. Relator quanto à violação ao Art.

535 do CPC, aplicando a Súmula 284/STF.

A disposição do novel Ordenamento Civil diz que prescreve em três anos a pretensão de reparação civil.

O Código do Consumidor, no Art. 27, impõe o prazo de cinco anos para a prescrição da pretensão à reparação pelos danos causados por fato do produto ou do serviço.

O Art. 14, § 4º, do CDC, não deixa dúvidas à aplicação do Código protetivo aos profissionais liberais.

No REsp 364.168/PÁDUA, esta Terceira Turma, por maioria, manifestou entendimento pela aplicação do CDC aos serviços advocatícios. Noutra assentada, o julgamento do REsp 651.278/DIREITO confirmou o entendimento desta Turma.

Daí a conclusão que a prescrição da ação por fato da prestação do serviço médico (CDC, Art. 14) é quinquenal, regulada pelo Art. 27 da codificação protetora.

Quero frisar, em atenção ao belo memorial apresentado pelo recorrente, que o caso não se confunde com a situação tratada no REsp 633.174/NANCY, que trata de inexecução contratual, seguindo a regra da prescrição relativa a pretensão de direito pessoal (CC/2002, Art. 205). Inexecução de contrato é diferente de dano causado ao consumidor (CDC, Art. 2º) por ato do serviço (CDC, Art. 14).

Não foi revogado o Art. 27 do CDC pelo Art. 206, § 3º, V, do CC/2002. A prescrição definida no Art. 27 do CDC é especial em relação àquela específica da reparação civil, que fica relegada aos casos em que não se configure a relação de consumo (CDC, Arts. 2º e 3º). Assim, não houve revogação, simplesmente, a norma especial afasta a incidência da regra geral (LICC, Art. 2º, § 2º).

Com tais considerações, acompanho o e. Relator para não conhecer do recurso.” (Grifamos)

Apesar de o conflito aparente de normas, tratado no julgamento em comento, dar-se entre a norma prescricional quinquenal do CDC frente àquela trienal prevista no novo CCB, é certo que, ainda sob a égide do antigo diploma civilista, a jurisprudência já se acostava à aplicação da lei consumerista a casos similares envolvendo profissionais liberais, dada a especialidade desta legislação, como dito.

É o que se infere da leitura de alguns trechos do voto-vista exarado no ano 2001, ainda sob os efeitos do CCB/1916, nos autos do REsp 138.059/MG, pela festejada Ministra do STJ, NANCY ANDRIGHI, ao tratar de erro médico havido em cesariana, *in litteris*:

“VOTO-VISTA

MINISTRA NANCY ANDRIGHI

Cuida-se de ação de indenização por erro médico ajuizada por MARÍLIA JACINTA DA ROCHA SILVA, em face de UNIMED

Belo Horizonte - Cooperativa de Trabalho Médico Ltda., Hospital da Criança São José e Geraldo Luiz de Sales, narrando que a autora, na qualidade de dependente do seu marido, que é beneficiário de contrato de assistência médica mantida pelo seu empregador em convênio com a UNIMED, foi submetida a uma cesariana nas dependências da segunda ré, por indicação médica do terceiro réu, credenciado junto à Cooperativa médica, primeira ré. Que, em decorrência de negligência médica, pelo esquecimento de uma compressa de gaze médica, no interior de seu corpo, sofreu lesões na alça intestinal, restando perfurado seu intestino, e provocadas seqüelas estéticas. Os pedidos foram julgados procedentes para condenar o médico, o hospital e a cooperativa médica a pagarem à autora a indenização...”

...

Para melhor exame da delicada questão solicitei vista dos autos após o digno relator não conhecer do recurso.

Prefacialmente se faz necessário classificar a natureza da relação jurídica entre a operadora do plano de saúde e o paciente recorrido. O objeto da relação jurídica é uma prestação médica que é atividade comercial regular desempenhada pelo recorrente que foi utilizada pelo recorrido na qualidade de usuário do sistema de assistência médico hospitalar da UNIMED.

A recorrente se enquadra no conceito de fornecedor de serviço nos termos do art. 3º do C.D.C., bem como, o recorrido ao contratar e remunerar mensalmente a prestação de serviço que a qualquer momento poderia ser exigida, configura-se consumidor.

Com isso a análise e a solução do litígio deve observar os ditames do Código Consumerista, não obstante a vigência da Lei 9.656/98, que disciplina sobre planos e seguros privados de assistência à saúde, cuidando exclusivamente da prestação de serviço e não dos efeitos do descumprimento ou de inexecução de uma relação com planos de saúde ou com seguros privados. Aliás a própria lei referida trata o contratante desta prestação de serviço pela qualificação de consumidor (art. 30).

...

Perante o consumidor a responsabilidade da operadora, do hospital e do médico é objetiva e concorrente; porém a responsabilidade entre estes responsáveis solidários enumerados, se rege pelo Código Civil, respondendo cada um nos limites da sua culpa. ... Por isso, qualquer acidente de consumo, isto é, falha no serviço prestado pelo médico, impõe-se a responsabilidade pelos danos para a operadora e o médico, sendo que aquela responderá objetivamente em virtude do risco proveito assumido pela empresa que desenvolve esta atividade com a finalidade de lucro. Ocorrendo o prejuízo ao usuário-consumidor, independente de culpa do terceiro contratado, pelas leis civis, ou pelas leis trabalhistas a operadora responderá pelo acidente de consumo. Esta é a força da responsabilidade objetiva e solidária que o CDC impõe com o objetivo claro de proteger e

ampliar os meios de reparação aos danos que o consumidor sofra, assegurando na relação interna entre médico, hospital e plano de saúde, o exercício do direito de regresso, somente nesta última relação jurídica é que a responsabilização se fará mediante a avaliação da culpa do(s) agente(s), não se aplicando, por isso, a tese de separação da culpa proposta pelo recorrente. ...

Forte nestas razões, NAO CONHEÇO o recurso especial.

É o voto.” (REsp 138.059/MG, Rel. Ministro ARI PARGENDLER, TERCEIRA TURMA, julgado em 13/03/2001, DJ 11/06/2001, p. 197)

Em julgamento emblemático, datado de 04/09/2008, conforme frisou o Em. Min. MASSAMI UYEDA, o STJ, por maioria de votos, aqui vencida a Min. ANDRIGHI (Relatora), ao decidir, naquele cenário - onde o conhecimento do dano e de sua autoria se deu de 01 (um) a 02 (dois) anos antes do CDC entrar em vigor, quando então vigia somente o CCB/1916, hipótese diversa da presente - sobre a aplicabilidade da prescrição vintenária (do CCB/1916) ou da quinquenal (do CDC) à relação de consumo ali debatida, com arrimo no art. 7º, do CDC³, decidiu:

“RESPONSABILIDADE CIVIL. DANO MORAL E ESTÉTICO. INDENIZAÇÃO. TABAGISMO. REPARAÇÃO CIVIL POR FATO DO PRODUTO. PRESCRIÇÃO QUINQUENAL. RECONHECIMENTO NO CASO CONCRETO.

I - Indenização de males decorrentes do tabagismo, fundamentada a petição inicial no art. 27 da Lei 8.078/1990 (Código de Defesa do Consumidor).

II - Tratamento do caso como “danos causados por fato do produto ou do serviço prestado” (CDC, art. 27).

III - Prescrição quinquenal do Código de Defesa do Consumidor incidente, e não prescrição ordinária do Código Civil.

IV - Art. 7º do Cód. de Defesa do Consumidor inaplicável ao caso específico.

Recurso especial provido.” (REsp 782.433/MG, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, Rel. p/ Acórdão Ministro SIDNEI BENETI, TERCEIRA TURMA, julgado em 04/09/2008, DJe 20/11/2008)

Pesquisando-se no sítio eletrônico do *Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul*, em julgamentos de casos similares, prolatados na década de 90 e início deste século, onde já coexistiam as normas gerais de direito civil e as especiais do consumidor, encontram-se decisões que se acostam ora à prescrição consumerista (Agravado de Instrumento Nº 599430097, Primeira Câmara de Férias Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Luís Augusto Coelho Braga, Julgado

em 11/11/1999); ora ao direito civil comum (Agravo de Instrumento Nº 70006459499, Sexta Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Cacildo de Andrade Xavier, Julgado em 27/08/2003).

Por fim, não poderíamos de deixar de trazer à baila o estudo do caso concreto, bastante elucidativo, apresentado, em 18/02/2008, pelo preclaro componente desta Câmara, DES. ANTÔNIO ABELARDO BENEVIDES MORAES ao relatar a APELAÇÃO CÍVEL Nº: 2000.0100.9239-1/1, debruçado sobre erro de diagnóstico ocorrido em meados de 1997 - sobre a égide do CCB/1916 e do CDC, à semelhança da pretensão em tela, frise-se - cujos danos foram reivindicados pela parte vitimada já no ano seguinte.

Por unanimidade de votos, esta Câmara deu provimento ao apelo do autor para condenar o laboratório, emissor da equivocada biópsia, ao pagamento de danos morais, acostando-se integralmente à legislação consumerista no tocante à responsabilidade objetiva (art. 14, do CDC), a saber:

“EMENTA: CIVIL. INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL E ESTÉTICO. ERRO DE DIAGNÓSTICO. BIÓPSIA. RESPONSABILIDADE OBJETIVA. OBRIGAÇÃO DE RESULTADO. DANO MORAL CONFIGURADO. SENTENÇA MODIFICADA. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.

1.Trata-se de pedido de indenização por erro de diagnóstico que envolve obrigação de resultado, baseado na responsabilidade objetiva (art.14, CDC), desacolhido na origem.

2. A emissão de falso resultado negativo de câncer retardou o tratamento médico adequado, causando intervenção cirúrgica drástica, conforme o apurado dos autos.

3.A retirada do palato (céu da boca) do autor, em virtude do avançado grau da doença, causou queda de dentes e distúrbios na voz.

4.Dano estético intrinsecamente ligado ao dano moral, arbitrados em R\$ 50.160,00, equivalente a 132 salários mínimos.

5.Juros moratórios a partir da citação e correção monetária da data do arbitramento por esta Corte.

6.Recurso conhecido e parcialmente provido. (Apelação Cível Nº 2000.0100.9239-1/1, Terceira Câmara Cível, TJ/CE, Relator: DES. ANTÔNIO ABELARDO BENEVIDES MORAES, Julgado em 18/02/2008)

Assim pronuncia-se a doutrina, *in verbis*:

“De pronto percebe-se que, tratando-se de relações de consumo, as normas de natureza privada, estabelecidas no Código Civil de 1916, onde campeava o princípio da autonomia da vontade, e em leis esparsas, deixaram de ser aplicadas. O Código de Defesa do

Consumidor retirou da legislação civil (bem como de outras áreas do direito) a regulamentação das atividades humanas relacionadas ao consumo, criando uma série de princípios e regras em que se sobressai não mais a igualdade formal das partes, mas vulnerabilidade do consumidor, que deve ser protegido. “ (fl. 31)

“O prazo prescricional, porém, é único para todos os casos de acidente de consumo. Dispõe o art. 27 que a pretensão à reparação pelos danos causados por fato do produto ou do serviço prescreve em cinco anos, iniciando-se a contagem do prazo a partir do conhecimento do dano e de sua autoria.” (fl. 778/779) (GONÇALVES, Carlos Roberto. In Responsabilidade Civil, Saraiva, 9ª edição, 2006)

Retornando à hipótese dos autos, após o estudo jurisprudencial e doutrinário da matéria, levando-se em conta notadamente o posicionamento majoritário hodierno do STJ, acima apontado, filio-me à corrente consumerista, curvando-me à incidência integral, no caso concreto, da **prescrição quinquenal**, perfilhada no art. 27, do CDC. E o faço fincado nos seguintes fundamentos:

(I) o dano, a sua ciência pela autora e o protocolo da demanda, *in casu*, deram-se – todos - após o advento do Código de Defesa do Consumidor, atraindo a eficácia imediata da lei nova, segundo reza o artigo 6º, da LICC, restando afastada, inclusive, a adoção da norma de transição do art. 2.028, do novo CCB.

Destarte, em princípio, o fato rege-se pela lei em vigor na data de sua ocorrência. Trata-se de regra geral de direito intertemporal, de incidência imediata e inexorável da lei. Se está em vigor, portanto apta para incidir, e o fato nela previsto ocorre, dá-se a incidência, vale dizer, o fato ganha imediatamente a significação jurídica que a lei vigente lhe atribui⁴;

(II) *Lex speciali derogati lex generali*, ou seja, a lei especial (CDC) se sobrepõe à geral (CCB/1916), princípio de hermenêutica jurídica de aplicabilidade secular, igualmente previsto no art. 2º, § 2º, da LICC.

Desta feita, definido o balizamento legislativo que nos orientará no estudo da presente demanda, qual seja, o Código de Defesa do Consumidor, vê-se, *in casu*, que o fato tido por danoso – *histerectomia* – foi realizado no dia 11/03/1994 (fl. 27). A biópsia foi laudada em 29/03/1994 (fl. 29). A ciência do dano pela autora, ora apelada, se deu 1 (um) mês e 15 (quinze) dias após a cirurgia, segundo ela própria afirmou em seu depoimento à fl. 138, *in verbis*:

“... para a depoente, a cirurgia a que foi submetida foi desnecessária, considerando que não foi realizado um estudo mais aprofundado do seu problema.... que após a biópsia é que a depoente tomou ciência de que estava gestante.... que tal conhecimento ocorreu um mês e quinze dias após a cirurgia... (Grifei)

Na seqüência, textualizou:

“... a depoente permaneceu em forte estado de depressão e, no dia seguinte, no hospital da Polícia, comentou apresentando o resultado ao médico Dr. Ricardo Wagner, o qual com as mãos postas em cima do citado exame permaneceu calado durante cinco minutos... que, em seguida, o aludido médico indagou se poderia a depoente emprestar-lhe o resultado do exame para fins de fotocópia...”
(Grifamos)

Finalmente, em 06/05/1999, a autora ingressou em juízo com a presente demanda (fl. 02 – verso).

O art. 14, do CDC (Lei N° 8.078/90), dispõe sobre a responsabilidade por danos causados aos consumidores por serviços prestados de forma defeituosa. Consagra, o CDC, no *caput* do art. 14, a teoria da responsabilidade objetiva. No § 4º, tratando dos profissionais liberais, a responsabilidade passa a ser subjetiva, com a verificação dos requisitos da culpa: negligência, imprudência ou imperícia⁵.

Mais a diante, o art. 27, do CDC, estabelece a prescrição civil de 05 (cinco) anos, nos seguintes termos:

“Art. 27. Prescreve em cinco anos a pretensão à reparação pelos danos causados por fato do produto ou do serviço prevista na Seção II deste Capítulo, iniciando-se a contagem do prazo a partir do conhecimento do dano e de sua autoria.”

Na sentença, à fl. 376, a juíza rejeitou a prescrição do pleito autoral. Apoiada, igualmente, na legislação consumerista, conforme se depreende da fundamentação da sentença, entendeu, a magistrada *a quo*, que o conhecimento, pela demandante, do dano em questão, correspondente à retirada equivocada de seu útero, acompanhado de um feto (e não de um mioma), deu-se 3 (três) meses após a realização do exame laboratorial (biópsia).

Em que pese o entendimento monocrático - certamente embasado na declaração lançada pelo patrono da promovente à fl. 95 (item 07), de que “... *a autora só tomou conhecimento do exame três meses após a sua emissão.*” - é de clareza meridiana que, em sede de depoimento pessoal, a demandante afirmou, categoricamente, que tomou conhecimento do resultado da biópsia e de seu estado gravídico (e, *ipso facto*, do dano decorrente da equivocada histerectomia), “... um mês e quinze dias após a cirurgia...”.

Acrescentou, ademais, a requerente, que, no dia seguinte, apresentou o prefalado exame ao Dr. RICARDO WAGNER WALTER DE AGUIAR,

médico que a assistiu antes, durante e após a cirurgia, cuja reação, acima descrita, diante do fatídico laudo, terminou por selar a certeza da autora de que sofrera intervenção cirúrgica desnecessária, resultando em sérios e irreversíveis danos, decorrentes do encerramento de sua capacidade reprodutiva e da morte do feto, de existência, até então, ignorada.

Diante disso, contado 1 (hum) mês e 15 (quinze) dias após a cirurgia ocorrida em 11/03/1994 (fl. 27), momento em que, repita-se, a autora - segundo ela própria - teve ciência do alegado dano, temos que a prescrição, nos termos do art. 27, do CDC, iniciou-se em 25/04/1994, findando 05 (cinco) anos após esta data, ou seja, em 25/04/99.

Desta feita, observando-se que o protocolo da presente demanda deu-se apenas em 06/05/99, não podemos fugir da lamentável conclusão de que a demanda foi proposta 11 (onze) dias após o transcurso do prazo prescricional. De outra banda, não poderia, a promovente, ter esperado tanto tempo para solucionar a quizila que há muito lhe afligia, conforme ventilado na sua inicial.

Dado o pronunciamento da prescrição, resta prejudicado o exame do mérito.

Finalmente, cumpre-nos registrar que, não obstante sensíveis à súplica prefacial contida nesta ação indenizatória, fundada em grave denúncia de erro médico, não se trata, o pronunciamento da prescrição, de apego a formalismo exacerbado.

Trata-se apenas da observância da lei, que assim prevê e a todos submete, seguida dos ensinamentos da doutrina e da jurisprudência pertinentes ao caso concreto, especialmente das palavras do Em. Min. UYEDA, lançadas, em voto-vogal, no acórdão, há pouco transcrito⁶:

“Nesse momento, é como sempre digo: se há um exemplo característico e uma solidão, a solidão da alma, é a solidão do juiz, porque deve, nesse momento, consultar a sua consciência, os fundamentos jurídicos, a sua formação, a sua convicção e, até mesmo, eventualmente, a sua intuição e, depois de tomada essa decisão - isso eu faço por mim mesmo - deixar na mão de Deus, porque essa é a inspiração que se tem.

..

Com todo o respeito, Sra. Ministra Nancy Andriighi, admiro muito o trabalho de V. Exa., uma arauta, sempre altaneira no sentido de defesa do consumidor, também me alinhando a isso, mas não a ponto de chegar e dizer que esse sistema faz tábula rasa do art. 27. Acompanho o voto do eminente Sr. Ministro Sidnei Beneti”.

CONCLUSÃO

Diante de todo o exposto, voto pelo CONHECIMENTO e PROVIMENTO das apelações, julgando extinto o processo, com resolução de mérito, nos termos do art. 269, IV, do CPC, vez que consumada a prescrição quinquenal, consoante o art. 27, do CDC, restando prejudicado o exame do mérito da demanda. Sucumbência invertida, porém suspensa, por força do art. 12, da Lei nº 1.060/50, em razão da assistência judiciária gratuita concedida à autora à fl. 33, ora mantida.

É como voto, tudo nos termos das razões apresentadas, que integram esta decisão.

Fortaleza-CE, 28 de outubro de 2009.

¹Preparo às fls. 400; 412; 425.

²“Art. 2º **Consumidor é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final.**

Parágrafo único. Equipara-se a consumidor a coletividade de pessoas, ainda que indetermináveis, que haja intervindo nas relações de consumo.” (Negrito)

“Art. 3º **Fornecedor é toda pessoa física ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira, bem como os entes despersonalizados, que desenvolvem atividade de produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou prestação de serviços.**

§ 1º Produto é qualquer bem, móvel ou imóvel, material ou imaterial.

§ 2º **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.**” (Negrito)

³ao frisar que os “...direitos previstos neste código não excluem outros decorrentes de tratados ou convenções internacionais de que o Brasil seja signatário, da legislação interna ordinária, de regulamentos expedidos pelas autoridades administrativas competentes, bem como dos que derivem dos princípios gerais do direito, analogia, costumes e equidade.”.

⁴REsp 782.433/MG, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, Rel. p/ Acórdão Ministro SIDNEI BENETI, TERCEIRA TURMA, julgado em 04/09/2008, DJe 20/11/2008.

⁵“ Art. 14. O fornecedor de serviços responde, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos relativos à prestação dos serviços, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua fruição e riscos.

§ 4º A responsabilidade pessoal dos profissionais liberais será apurada mediante a verificação de culpa.”

⁶REsp 782.433/MG, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, Rel. p/ Acórdão Ministro SIDNEI BENETI, TERCEIRA TURMA, julgado em 04/09/2008, DJe 20/11/2008

APELAÇÃO CÍVEL N. 2000.0139.3836-4/1 DE FORTALEZA
APELANTE: PORTO FREIRE ENGENHARIA E INCORPORAÇÃO LTDA.
APELADOS: GILSON ANDRADE FERRERA E JACELINE FERREIRA
ANDRADE
RELATOR: DR. FRANCISCO MARTÔNIO PONTES DE VASCONCELOS
(JUIZ CONVOCADO)

DIREITO CIVIL. CONTRATO DE PROMESSA DE COMPRA E VENDA DE IMÓVEL. ATRASO INJUSTIFICADO DA ENTREGA DA OBRA. REGIME DE CONSTRUÇÃO POR ADMINISTRAÇÃO PREVISTA NA LEI Nº 4591/64. LEGITIMIDADE PASSIVA DA CONSTRUTORA. INDENIZAÇÃO DEVIDA.

1. A teor do disposto na cláusula vigésima terceira do contrato celebrado entre Partes, incumbe à Recorrente e não ao Condomínio de adquirentes a plena administração e gerência do empreendimento, bem como a execução física das edificações, não se lhe podendo negar, nessa qualidade, legitimidade para compor a lide na qual se pretende indenização em razão do atraso na conclusão da obra que estava sob a sua responsabilidade direta.

2. Preliminar de ilegitimidade passiva rejeitada.

3. No mérito, comprovado o atraso injustificado na entrega do imóvel, impõe-se à Construtora o dever de indenizar os adquirentes pela impossibilidade de utilizarem-se do bem e, conseqüentemente, pelos prejuízos materiais e morais daí decorrentes.

4. Considerando-se, entretanto, a situação econômica das partes, o valor do contrato (R\$ 27.551,68), bem como a extensão e a repercussão do dano causado, o valor de R\$ 26.000,00, não se afigura razoável, devendo ser reduzido para R\$ 5.000,00, aproximadamente 20% do valor contratado. Nem tão elevado, a ensejar o enriquecimento sem causa dos ofendidos, nem tão pequeno, a tornar a condenação irrelevante à ofensora.

5. Recurso parcialmente provido. Danos morais reduzidos de R\$26.000,00 para R\$ 5.000,00, mantida,

no mais, a sentença *a quo*.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos, acorda a Turma Julgadora da Terceira Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, na conformidade da ata de julgamento, por decisão unânime, conhecer da remessa necessária e das apelações cíveis para dar-lhes provimento, nos termos do voto do Relator.

Fortaleza, 08 de fevereiro de 2010

RELATÓRIO

Trata-se de apelação cível interposta por PORTO FREIRE ENGENHARIA E INCORPORAÇÃO LTDA. adversando a sentença do Juiz da 26ª Vara Cível de Fortaleza que julgou parcialmente procedente a ação ordinária de obrigação de fazer, cumulada com perdas e danos materiais e morais, movida por GILSON ANDRADE FERRERA E JACELINE FERREIRA ANDRADE.

Alegaram os Autores, na inicial, que:

a) celebraram com a Empresa promovida contrato de adesão de promessa de compra e venda de um apartamento, que deveria ter sido entregue em setembro de 2003;

b) apesar de considerarem ilegal e exorbitante o aumento do valor das prestações mensais, pagaram todas as parcelas;

c) a Demandada, entretanto, a fim de auferir maiores lucros, paralisou propositadamente a obra, deixando de entregá-la na data aprazada;

d) o atraso causou-lhes prejuízos de ordem moral e material, relativos aos dissabores suportados e ao pagamento do aluguel de outro apartamento.

Pleitearam os Demandantes a declaração da ilegalidade da majoração das prestações mensais, com a conseqüente devolução, em dobro, do valor pago a maior; a condenação da Requerida em danos materiais e morais e a determinação judicial no sentido de que a obra tenha regular prosseguimento, até conclusão final.

Contestando o feito, a Requerida alegou, preliminarmente, a sua ilegitimidade para figurar no pólo passivo da demanda, argumentando que o contrato subscrito pelas partes não se trata de simples promessa de compra e venda, mas de sistema de construção pelo regime de administração previsto na Lei nº 4591/64, no qual a responsabilidade pela obra é exclusiva do Condomínio formado

pelos adquirentes da frações ideais do terreno.

No mérito, aduziu a Promovida que a construção atrasou em razão do inadimplemento de vários adquirentes e, ainda, que a dilação do prazo de entrega, em face de tal acontecimento, está prevista no parágrafo único da cláusula 24ª do contrato em questão, não havendo que se falar em sua culpa pela demora e, conseqüentemente, em seu dever de indenizar. (f. 88-99)

Por fim, asseverou a Demandada que o aumento do valor das prestações foi regularmente decidido em assembléia geral, sendo portanto indevido o pedido de devolução do montante supostamente pago a maior.

O Juiz *a quo*, considerando a Promovida parte legítima para compor a lide, julgou parcialmente procedente o pedido autoral, tão-somente para condenar a Ré ao pagamento de indenização por danos morais no valor de R\$ 26.000,00 e em mais R\$ 6.300,00, a título de danos materiais, relativos ao aluguel de outro apartamento cujo pagamento restou comprovado nos autos (f. 159-167).

A Empresa requerida apelou da sentença, renovando a preliminar de ilegitimidade passiva e as alegações meritórias aventadas na contestação (f. 168-180).

Apesar de intimados, os Apelados não apresentaram contra-razões (f. 181v).

É o relatório.

VOTO

Ressalto, inicialmente, que a devolução da matéria à este Tribunal restringe-se à condenação da Empresa promovida ao pagamento de danos morais e materiais em razão do atraso na entrega do apartamento, pois as demais pretensões autorais foram tidas por improcedentes pelo Juiz de 1º Grau, não tendo os Demandantes recorrido da decisão.

Nessa perspectiva, passo ao exame da preliminar levantada pela Apelante.

A Recorrente sustenta a sua ilegitimidade passiva, argumentando que, na incorporação pelo sistema de administração previsto na Lei nº 4591/64, cabe ao condomínio formado pelos adquirentes das unidades autônomas a administração do empreendimento (art. 58 da referida lei), especialmente no que tange à construção, devendo, portanto, ser dirigida ao referido condomínio a pretensão autoral.

A preliminar, entretanto, não procede.

Na espécie, a teor do disposto na cláusula vigésima terceira do contrato celebrado entre Partes (f. 104-108), verifico que, ao contrário do que

afirma a Apelante, incumbe a ela e não ao Condomínio de adquirentes a plena administração e gerência do empreendimento. Isso porque, por expressa estipulação contratual, tais atribuições foram repassadas à Administradora, ora Recorrente, nos termos a seguir transcritos:

“A ADMINISTRADORA executará, sob o regime de ADMINISTRAÇÃO, também chamado a preço de custo, a construção das futuras unidades autônomas do Condomínio (...)
Parágrafo Primeiro: A ADMINISTRADORA adquirirá ou locará para as obras, todas as máquinas e ferramentas necessárias, debitando no orçamento do CONDOMÍNIO o respectivo custo, ainda que todas as faturas, duplicatas, recibos e quaisquer documentos ou contratos referentes à compra ou contratação de materiais, ferramentas, transportes, mão-de-obra, máquinas e serviços sejam emitidos ou celebrados em nome da INCORPORADORA.
Parágrafo Segundo: PARA TODAS AS COMPRAS E CONTRATAÇÕES EFETUADAS EM NOME DO CONDOMÍNIO (...), A ADMINISTRADORA RECEBE NESTE ATO, DO(A) CONTRATANTE, EXPRESSO MANDATO COM OS MAIS AMPLOS E ILIMITADOS PODERES DA CLÁUSULA AD NEGOTIA, QUE UTILIZARÁ EM CADA ATO (...).”

Assim, resta patente que, além de incorporadora do empreendimento, a Recorrente também figura na transação como administradora e executora física das edificações, não se lhe podendo negar, nessa qualidade, legitimidade para compor a lide na qual se pretende indenização em razão do atraso na conclusão da obra que estava sob a sua responsabilidade direta.

Rejeito, portanto, a preliminar de ilegitimidade passiva.

No mérito, o recurso merece apenas parcial provimento.

Convém salientar inicialmente que, embora a incorporação sob o regime de construção por administração seja regida por lei especial, as regras consumeristas também devem ser aplicadas à espécie, pois, conforme já entendeu o STJ, “o contrato de incorporação no que tem de específico, é regido pela Lei que lhe é própria (Lei 4.591/64), mas sobre ele também incide o CDC, que introduziu no sistema civil princípios gerais que realçam a justiça contratual, a equivalência das prestações e o princípio da boa-fé objetiva.” (REsp 80.036/SP, Rel. Ministro RUY ROSADO DE AGUIAR, QUARTA TURMA, julgado em 12/02/1996, DJ 25/03/1996 p. 8586).

No caso, os Apelados, destinatários finais da unidade imobiliária e, portanto, consumidores nos termos do art. 2º do CDC, contrataram a Apelante tanto para prestar-lhes serviços de administração na área de engenharia quanto para a construção de seu apartamento, o que, segundo o art. 3º do CDC, qualifica a Recorrente como fornecedora, restando, portanto, plenamente caracterizada a relação de consumo e, conseqüentemente, a pertinência da aplicação das regras

do Código de Defesa do Consumidor para o deslinde da presente controvérsia.

Isso posto e sob essa ótica, passo ao exame da questão.

Sobre a responsabilidade da Incorporadora, em contratos firmados sob a égide da Lei nº 4.591, pela entrega do imóvel na data aprazada, leciona Caio Mário da Silva Pereira:

“O fim do contrato é a edificação. Para isto se celebra. Com este objetivo estabelecem-se os compromissos. Neste *desideratum*, o ajuste se determina. E, perseguindo esta finalidade, as partes acordam em aceitar cláusulas e condições(...)

A Lei nº 4.591, de 16 de dezembro de 1964, mencionou, então, certas regras, de aplicação obrigatória, que constituem condições legais de incorporação e que se aplicam em relação a qualquer incorporador, seja pessoa física, seja pessoa jurídica (art. 43), que haja contratado a entrega de unidade a prazo e preço certos, determinados ou determináveis. São pois obrigações do incorporador:

I - (...)

II – Responder civilmente pela execução da incorporação, devendo indenizar os adquirentes ou compromissários pelos prejuízos que sofreram com a interrupção das obras ou seu retardamento injustificado. O incorporador não se pode plantar na escusativa de que é mero intermediário. Dentro da filosofia da nova lei, é a chave do empreendimento, ao qual se vincula de caráter permanente. Como parte contratante, tem o dever de movimentar a obra e manter a construção em ritmo normal, para que se cumpra o cronograma traçado desde o início” *In* Condomínio e incorporações, PEREIRA, Caio Mário da Silva, 10ª edição, p. 282-283, Editora Forense - Rio de Janeiro, 1997.

Por outro lado, nos termos do art. 14 do CDC, o prestador de serviços responde objetivamente pela reparação dos danos causados, devendo, a fim afastar a sua responsabilidade, comprovar a existência da culpa exclusiva do consumidor ou de terceiro.

No caso, são fatos incontroversos que os Apelados estavam quites com as suas prestações e que a obra não foi concluída no prazo estipulado, setembro de 2003.

Alega a Recorrente que a demora se deveu ao inadimplemento de alguns dos adquirentes, bem como que a alteração do prazo de entrega se deu por deliberação dos condôminos em assembleia geral.

Entretanto, a Apelante não se desincumbiu de acostar aos autos prova hábil a comprovar suas alegações. Sequer juntou extratos contábeis referentes ao alegado inadimplemento ou da ata da Assembleia Geral dos Condôminos na qual supostamente restou decidida a prorrogação do prazo de entrega inicialmente previsto, a fim de afastar a responsabilidade prevista no art. 14 do CDC e art. 43, II, da Lei 4.591\64.

Desse modo, era de rigor o acolhimento da pretensão deduzida no que tange à indenização pelos danos materiais sofridos em razão do atraso da obra, relativos ao pagamento do aluguel de outro apartamento no valor mensal de R\$ 300,00.

Isso porque, tal fato restou devidamente comprovado pelos Autores e sequer foi contraditado pela Promovida, tendo o Juiz *a quo*, acertadamente, condenado a Apelante a ressarcir os Recorridos em R\$ 6.300,00 (seis mil e trezentos reais), correspondentes ao pagamento de 21 meses de aluguel, a contar de setembro de 2003, data prevista para a entrega do imóvel, até maio de 2005, data da prolação da sentença.

Na espécie, a indenização por dano moral também se mostra cabível, em face da frustração do projeto pessoal, do dissabor com o malogro do negócio, do desgaste oriundo dos momentos de incerteza e de ansiedade suportados pelos Apelados, ante o injustificado atraso na entrega do sonhado apartamento.

Reconhecida a ocorrência da lesão moral, necessária se faz a aferição do cabimento do *quantum* estipulado pelo Juiz *a quo* em R\$ 26.000,00 (vinte e seis mil reais).

Na fixação do montante reparatório deve-se observar as funções sancionadora, educativa e compensatória da reparação moral. A primeira diz respeito a reprovabilidade do ato pela sociedade, a segunda tem o condão de impingir ao lesante o sentimento de que o dano que praticou não ficará impune, e a última tem o sentido de defesa do patrimônio moral da vítima e de punição do ofensor, que responderá através de seu patrimônio o dano causado.

A extensão do arbítrio pelo magistrado, portanto, deve levar em conta todas estas funções da reparação por dano moral, bem como as peculiaridades do caso concreto, evitando-se assim a desproporção da condenação ou o locupletamento do lesado.

No caso, considerando-se a situação econômica das partes, o valor inicial do contrato (R\$ 27.551,68), bem como a extensão e a repercussão do dano causado, o valor de R\$ 26.000,00, não se afigura razoável.

No meu entender, o valor correspondente a aproximadamente 20% do valor contratado, R\$ 5.000,00 (cinco mil reais) se mostra mais adequado à espécie. Nem tão elevado, a ensejar o enriquecimento sem causa dos ofendidos, nem tão pequeno, a tornar a condenação irrelevante à ofensora.

Sendo assim, conheço do recurso, por próprio e tempestivo, para lhe dar parcial provimento, reduzindo a condenação por danos morais de R\$26.000,00 para R\$ 5.000,00, mantendo no mais a sentença *a quo*.

É como voto.

Fortaleza, 8 de fevereiro de 2010.

PROCESSO Nº 2000.0152.8794-8/1.

APELAÇÃO CÍVEL.

RECORRENTE: JUIZ DE DIREITO DA VARA ÚNICA DA COMARCA DE IPU.

APELANTE: MUNICÍPIO DE IPU.

APELADA: ROSINEY MARIA MENDONÇA DE PAIVA.

RELATOR: DESEMBARGADOR FERNANDO LUIZ XIMENES ROCHA.

EMENTA: CONSTITUCIONAL. APELAÇÃO CÍVEL E REEXAME NECESSÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA. REMOÇÃO. ATO ADMINISTRATIVO. AUSÊNCIA DE FORMALIZAÇÃO. CONCESSÃO DA SEGURANÇA. MANUTENÇÃO.

1 - A discricionariedade administrativa para executar com autonomia o gerenciamento dos recursos humanos mediante juízo de conveniência e oportunidade com vistas à boa e eficiente gestão da coisa pública, não justifica que o servidor seja surpreendido com a alteração repentina e sub-reptícia de suas condições de serviço, entre as quais se inclui, obviamente, o local de trabalho, porquanto todo ato administrativo, como manifestação volitiva do Estado, deve ser externado por forma expressa e submetido à publicidade, com o fito de viabilizar o controle de legalidade.

2 - Apelo e reexame necessário desprovidos, para manter a segurança concedida.

ACÓRDÃO

Acordam os Desembargadores integrantes da Primeira Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, por uma de suas Turmas, unanimemente, em negar provimento à apelação e ao reexame obrigatório para manter a segurança concedida, tudo de conformidade com o voto do Relator.

Fortaleza, 12 de agosto de 2009.

RELATÓRIO

Trata-se de remessa obrigatória e de apelação interposta pelo Município de Ipu (CE), em face de sentença concessiva de segurança a favor da servidora Rosiney Maria Mendonça de Paiva, reconhecendo-lhe o direito de continuar lotada na Escola Professora Maria Valdemira Coelho Melo (fls. 66-69).

O postulante aponta a ausência de prova pré-constituída acerca dos fatos alegados, ressaltando, outrossim, a inexistência de direito líquido e certo à permanência da impetrante, professora municipal, na unidade de ensino em que originariamente exercia suas atribuições.

Afirma que o deslocamento da autora lastreou-se na discricionabilidade administrativa e no art. 30 da Lei municipal nº 01/1994, mediante remoção de ofício ante a carência de pessoal na sede destino, pelo que o retorno ao *status quo ante* acarretará prejuízo à Administração e aos alunos, porquanto a nova lotação data de janeiro de 2000.

Por fim, ressalta que a exegese do art. 54, parágrafo único, da Lei municipal nº 54/1998 restritiva de mudança de sede do professor às hipóteses discriminadas no dispositivo afronta a autonomia municipal, devendo, assim, ser afastada.

Contrarrazões às fls. 84-8.

Instada a se manifestar, a Procuradoria Geral de Justiça pronunciou-se pela confirmação do decisório impugnado, com destaque para a necessidade de prévio procedimento administrativo e aquiescência das diretoras das escolas municipais envolvidas.

É o relatório.

VOTO

Recurso tempestivamente interposto e isento de preparo (art. 511, §1º, do Código de Processo Civil). Admito o apelo e a remessa obrigatória.

Quanto ao mérito, verifica-se que a impetração cinge-se à ilegalidade da mudança de lotação da apelada, a qual, supostamente motivada por perseguição política, teria ocorrido mediante mera divulgação pela secretária de educação municipal, em rádio local, da lista de servidores remanejados.

Na preambular do *writ*, a impetrante ressalta que a titular da pasta citada e o radialista Hélio Lopes negaram-lhe acesso à relação e à fita de gravação do programa vinculadas à propagação do ato impugnado, requerendo, por isso, fossem aqueles instados a exhibi-los em juízo, diligência que, a despeito de amparada no art. 6º, da Lei nº 1.533/1951, não restou apreciada pelo magistrado de 1º grau.

Refutando a ilegalidade levantada, o ente público alega que o deslocamento da apelada adveio de remoção de ofício ante a carência de professores na unidade de ensino conhecida por Engenho dos Belém, não instruindo a defesa, todavia, com prova das alegações, mormente cópia do ato externador da vontade administrativa.

Nesse tocante, da documentação anexa à inicial do *mandamus* e da admissão da municipalidade, extrai-se a certeza de que a promovente teve alterada sua lotação funcional.

A despeito do ônus processual de apresentar prova pré-constituída acerca do ato impugnado em sede de mandado de segurança, imperioso é reconhecer que, em se tratando de ato praticado sem a indispensável comunicação oficial, como no caso concreto, torna-se praticamente inviável a demonstração da arbitrariedade perpetrada.

Por outro lado, a necessidade de se estabelecer, no estado democrático de direito, mecanismos de controles interno e externo de legalidade dos atos praticados pelos agentes públicos, impõe que a manifestação de vontade do Poder Público (*lato sensu*) seja expressada em determinada forma, constituindo, assim, requisito indispensável à formação dos atos administrativos.

Deveras, somente a partir de deliberação volitiva da Administração, voltada à criação, modificação e extinção de direitos e obrigações oriundos de relações jurídicas estabelecidas com seus servidores ou administrados, torna-se possível aferir a conformação das providências adotadas no exercício de prerrogativas públicas com os fins legais.

Sobre a matéria, Celso Antônio Bandeira de Mello esclarece, *verbis*:

[...] é possível conceituar ato administrativo como: declaração do Estado (ou de quem lhe faça as vezes – como, por exemplo, um concessionário de serviço público), no exercício de prerrogativas públicas, manifestada mediante providências jurídicas complementares da lei a título de lhe dar cumprimento, e sujeitas a controle de legitimidade por órgão jurisdicional. (Curso de direito administrativo. 21ª edição. São Paulo : Malheiros, 2006, p. 366.)

Em consonância com o posicionamento retrotranscrito, são as lições de Hely Lopes Meirelles, *litteris*:

Ato administrativo é toda manifestação unilateral de vontade da Administração Pública que, agindo nessa qualidade, tenha por fim imediato adquirir, resguardar, transferir, modificar, extinguir e declarar direitos, ou impor obrigações aos administrados ou a si própria.

[...]

Condição primeira para o surgimento do ato administrativo é que a Administração aja nessa qualidade, usando de sua supremacia de Poder Público [...] a segunda é que contenha manifestação de vontade apta a produzir efeitos jurídicos para os administrados, para a própria Administração ou para seus servidores; a terceira é que provenha de agente competente, com finalidade pública e revestindo

forma legal. – grifou-se (Direito administrativo brasileiro. 24ª edição. São Paulo : Malheiros, 1999, p. 132-133.)

Mais adiante, esclarece o inolvidável jurista que, *in verbis*:

[...] Todo ato administrativo, é, em princípio, formal. E compreende-se essa exigência, pela necessidade que tem o ato administrativo de ser contrastado com a lei e aferido, freqüentemente, pela própria Administração e até pelo Judiciário, para verificação de sua validade.

[...]

A inexistência da forma induz a inexistência do ato administrativo. A forma normal do ato de administração é a escrita, embora atos existam consubstanciados em ordens verbais e até mesmo em sinais convencionais, como ocorre com as instruções momentâneas de superior a inferior hierárquico, com as determinações de polícia em casos de urgência e com a sinalização de trânsito. O que convém fixar é que só se admite o ato administrativo *não escrito* em casos de urgência, de transitoriedade da manifestação da vontade administrativa ou de irrelevância do assunto para a Administração. Nas demais hipóteses é de rigor o ato *escrito em forma legal*, sem o que se exporá à invalidade.

A revogação ou a modificação do ato administrativo deve obedecer à mesma forma do ato originário, uma vez que o elemento formal é vinculado tanto para sua formação quanto para seu desfazimento ou alteração. (*Op. cit.*, p. 135-136).

Nessas circunstâncias, em que o caderno processual não traz a lume a existência de ato concreto formal elucidativo do título jurídico e do embasamento normativo daquele ensejador da modificação da lotação da impetrante, evidente é a violação do direito líquido e certo suscitado.

Advirta-se não se discute a possibilidade de a Administração executar com autonomia o gerenciamento dos recursos humanos consoante juízo de conveniência e oportunidade com vistas à boa e eficiente gestão da coisa pública, mas sim o direito de o servidor não ser surpreendido com a alteração repentina e sub-reptícia de suas condições de serviço, entre as quais se inclui, obviamente, o local de trabalho.

Assim, independentemente de se tratar de ato vinculado ou praticado no exercício de poder discricionário, indispensável, para sua consideração, que advenha de deliberação volitiva por meio de manifestação expressa da autoridade competente, o que, no caso concreto, não se evidencia.

Do exposto, nego provimento à apelação e ao reexame obrigatório para confirmar a concessão da segurança.

É o voto.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 2000.0168.8535-0/1 E 2000.0168.9166-0/1
REMETENTE: JUIZ DE DIREITO DA 1ª VARA DA COMARCA DE SANTA
QUITÉRIA

APELANTE: MUNICÍPIO DE SANTA QUITÉRIA

APELADOS: EDILSON BENEVINUTO SOUSA, MARIA DE FÁTIMA
PARENTE TIMBÓ, FRANCISCA BARBOSA DE PAULA, MARIA
ELEUDA VIANA E FRANCISCA PEREIRA VASCONCELOS

RELATOR: DES. ADEMAR MENDES BEZERRA

EMENTA: PROCESSUAL CIVIL. AÇÕES CAUTELAR E ORDINÁRIA. SERVIDORES MUNICIPAIS. QUESTÕES PRELIMINARES: AUSÊNCIA DE INTERVENÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO EM PRIMEIRO GRAU, CERCEAMENTO DE DEFESA, JULGAMENTO *EXTRA PETITA*. REJEIÇÃO PARCIAL. MÉRITO: CARÁTER SATISFATIVO DA AÇÃO CAUTELAR PREPARATÓRIA. NÃO CONFIGURAÇÃO. CONCURSO PÚBLICO. HOMOLOGAÇÃO DO CERTAME E CONSEQUENTES NOMEAÇÕES, POSSES E EXERCÍCIOS FUNCIONAIS. TRANSCURSO DO PRAZO BIENAL PARA A ESTABILIDADE NO SERVIÇO PÚBLICO, CONSOANTE A REDAÇÃO PRIMITIVA DO ART. 41 DA CF/1988. INSTAURAÇÃO DE PROCESSO ADMINISTRATIVO. CITAÇÕES DOS SERVIDORES PELA VIA EDITALÍCIA. IMPOSSIBILIDADE QUANDO NÃO DEMONSTRADAS AS HIPÓTESES AUTORIZATIVAS CONSTANTES DO ART. 231 DO CPC. INCIDÊNCIA DO ART. 247 DA LEI ADJETIVA CIVIL. ANULAÇÃO DO CONCURSO PÚBLICO E EXONERAÇÕES DOS APROVADOS. OFENSA AO ART. 5º, LV, DA CRFB. REINTEGRAÇÃO AOS CARGOS PÚBLICOS.

I – A ausência de intervenção do *Parquet* em primeiro grau de jurisdição não configura nulidade processual quando o órgão ministerial de segunda instância profere manifestação supletiva, não suscitando, nem restando evidenciado, prejuízo. Precedentes.

II – O julgamento antecipado da lide em causas que envolvem questionamentos fáticos e de direito não demanda o reconhecimento do cerceamento do direito de defesa, mormente quando coligidos aos autos elementos suficientes à formação da convicção do Juiz, concluindo-se, pelo acervo probatório, a desnecessidade da produção de provas em audiência de instrução.

III – O princípio da adstrição do juiz aos pedidos formulados pelo autor impede a prolação de sentença *citra*, *ultra* ou *extra petita*. Evidenciado que o ato jurisdicional de mérito possui caráter *ultra petita*, mesmo que parcialmente, cabível a redução da sentença ao pedido, privilegiando os arts. 128 e 460 da Lei de Ritos.

IV – A lide cautelar preparatória não possui natureza satisfativa, tanto que não esgotou, no todo ou em parte, o objeto do processo principal, ao qual se encontra vinculada.

V – A exoneração de servidor público estável ou em estágio probatório depende da observância do princípio do devido processo legal, assim como da efetiva oportunização ao exercício do contraditório, da ampla defesa e da recorribilidade (art. 5º, LV, da CF/1988).

VI – Conquanto seja possível a anulação de atos administrativos sob o viés da ofensa à lei e à Constituição, nos termos da Súmula nº 473 do Supremo Tribunal Federal, a administração pública não pode mitigar a necessidade de oferecer ao servidor a oportunidade de exercer a garantia fundamental do *due process of law* de forma efetiva e não potencial.

VII – No caso em análise, instaurado processo administrativo pelo Prefeito, com a nomeação de

comissão processante, a cientificação dos servidores públicos municipais indiciados ocorreu por meio de edital de citação, todavia, não restou comprovada necessidade de se recorrer ao expediente ficto por meio das hipóteses restritivas constantes do art. 231 do CPC.

VIII – A nulidade da citação invalida os demais atos administrativos praticados no seio do processo administrativo que culminou com a anulação do concurso público realizado quatro anos antes e, ainda, das exonerações dos servidores municipais empossados por força do público certame, exercentes de cargo público há três anos da data do ato combatido. Inteligência do art. 247 do *Codex* Processual Civil.

IX – O administrador público deve pautar os seus atos de gestão com obediência às normas legais e aos princípios e regras constitucionais, deles não podendo se afastar sob pena de violação direta ao *caput* do art. 37 da Constituição Cidadã.

Recursos conhecidos e parcialmente providos.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de remessa necessária e de apelação cível nº 2000.0168.8535-0/1 e 2000.0168.9166-0/1, em que figuram as partes acima indicadas, acordam os Desembargadores integrantes da Segunda Câmara Cível do egrégio Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, à unanimidade, conhecer dos recursos em referência, reconhecer a preliminar de julgamento *extra petita* para reduzir a sentença ao pedido, rejeitar as demais preliminares e, no mérito, improver as irresignações, na conformidade do voto do relator.

Fortaleza, 11 de novembro de 2009.

RELATÓRIO

Edilson Benevenuto Sousa, Maria de Fátima Parente Timbó, Francisca Barbosa de Paula, Maria Eleuda Viana e Francisca Pereira Vasconcelos ajuizaram ação cautelar e, posteriormente, ação ordinária contra o Município de Santa Quitéria objetivando a declaração e a constituição da ilegalidade do ato

administrativo que culminou com as suas exonerações dos cargos públicos municipais.

Alegam os autores, nas petições iniciais das lides cautelar (fls. 03/18) e ordinária (fls. 02/16), que foram aprovados mediante concurso público para exercerem diversos cargos, sendo o resultado publicado no Diário Oficial nº 17.147, de 10/10/1997 (fls. 98/99). Posteriormente, os aprovados no público certame foram nomeados para os cargos públicos respectivos, por meio de Portarias administrativas que instruíram a peça vestibular, firmaram termos de posse e entraram em exercício.

Todavia, em 31/01/2001 o Município de Santa Quitéria criou comissão por intermédio da Portaria nº 001/2001 e publicou edital de citação dos servidores públicos aprovados no pretérito concurso para que apresentassem defesa em processo administrativo, prosseguindo o rito processual.

Sustentam que foram surpreendidos com publicação originária do jornal Diário do Nordeste noticiando a anulação do concurso público por decreto municipal, sob o pálio de que houvera irregularidades no processo licitatório que culminou com a escolha da empresa responsável pela seleção pública.

Afirmam que o ato administrativo combatido é ilegal e que todos os autores já possuíam estabilidade nos seus respectivos cargos públicos, conquistada após dois anos de exercício, nos termos da redação primitiva do art. 41 da Constituição da República, atribuindo ofensa ao princípio constitucional da legalidade e às garantias constitucionais do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa.

Pugnaram pela concessão de medida liminar em sede cautelar com a finalidade de serem reintegrados nos seus cargos públicos, confirmando-a no mérito. Na lide ordinária, requestaram a declaração de nulidade do ato administrativo que acarretou com as suas exonerações dos cargos públicos municipais, assim como a reintegração dos autores.

A ação cautelar foi instruída com as cópias documentais de fls. 20/164, repousando às fls. 18/20 e 23 da lide ordinária os instrumentos procuratórios que suportam a respectiva inicial.

Defesa do Município promovido às fls. 170/220 do processo cautelar e às fls. 28/57 da ação principal.

Sustenta o demandado que a lide cautelar não pode ter natureza satisfativa, tornando impossível a concessão da postulada medida liminar, nos termos do art. 1º, §3º, da Lei nº 8.437/1992. Em sede meritória, alega que o Decreto municipal nº 010/2001 considerou nulos todos os atos administrativos relacionados ao concurso público que ensejou as nomeações, posses e exercícios funcionais aos autores, cujos efeitos atingiram desde a contratação da sociedade

empresarial que gerenciou o certame até a homologação do resultado. Aponta que o processo administrativo que culminou com as exonerações dos autores foi instaurado pela Portaria nº 010/2001 e alcançou as fases de instrução, defesa, relatório e julgamento. Foram acostados os documentos de fls. 221 a 293.

A contestação apresentada no processo principal trilhou os mesmos fundamentos da peça defensiva acostada na ação cautelar, pugnando pela improcedência dos pedidos autorais, por ausência de sustentáculo jurídico e por não restar violado o art. 5º, inc. LV, da CF/1988. O réu instruiu a defesa com os documentos de fls. 58 a 193.

Às fls. 295 a 300 foi deferida a medida liminar postulada em sede cautelar, determinando ao Prefeito do Município de Santa Quitéria a reintegração dos autores aos seus cargos públicos, considerando, ademais, que não foi observado o devido processo legal em âmbito administrativo para que a administração pública ficasse apta a proceder às exonerações dos exercentes de cargos públicos.

O Município promovido requestou a reconsideração da decisão liminar, por força do então vigente art. 523 do CPC, consoante demonstra a petição de fls. 303/310.

Por intermédio da decisão de fls. 312/314 o Juízo processante revogou a liminar anteriormente concedida.

Em posterior despacho (fl. 319) o Magistrado da 1ª Vara da comarca de Santa Quitéria chamou o feito cautelar à ordem com o objetivo de anular todo o processo por considerar existente o vício de distribuição, de forma a que restasse atendida a regra da alternância entre Juízos igualmente competentes para processar e julgar as lides ajuizadas.

Em seguida, o Município de Santa Quitéria comunicou a interposição de recurso de agravo de instrumento, pugnando pela prolação do Juízo de retratação (fls. 321/322). Juntou cópia da petição recursal (fls. 323/336).

Procedida à nova distribuição processual, coube ao Juízo de Direito da 1ª Vara da comarca de Santa Quitéria processar e julgar o feito cautelar (fl. 346).

O Juízo processante determinou a emenda da inicial (fl. 349), requerendo, os autores, por meio da petição de fl. 350, a concessão de medida liminar determinando a reintegração nos respectivos cargos públicos.

Às fls. 352/354 repousa medida liminar em sede cautelar, determinando a reintegração dos autores nos seus cargos públicos e o retorno ao *status quo ante*.

Pedido de informações requisitado pelo relator do agravo de instrumento, nos termos do ofício de fl. 357 e das cópias de fls. 358/374, comunicando a concessão de efeito suspensivo à interlocutória que anulou atos

processuais, determinando, outrossim, que o processo voltasse ao seu curso normal a partir do ato anulatório dos procedimentos judiciais.

Embargos declaratórios opostos às fls. 378/382.

O promovido apresentou nova peça defensiva na lide cautelar (fls. 384/386), requerendo a suspensão do feito.

Em petição posteriormente ajuizada o Município de Santa Quitéria formulou razões defensivas (fls. 388/438) repetindo, literalmente, a contestação acostada às fls. 170/220 do processo cautelar.

Decisão proferida em sede de embargos declaratórios (fls. 441 e seguinte), que restaram devidamente rejeitados.

Às fls. 444/445 os autores requestaram o cumprimento da decisão liminar, sendo contraditados pelo promovido por meio dos argumentos de fls. 450/453.

O Juiz processante determinou (fl. 456) que o Município de Santa Quitéria procedesse ao pagamento dos vencimentos dos autores, constatando que a reintegração determinada já fora cumprida.

O Município demandado atravessou nova petição (fls. 467/471) na qual postulou a suspensão momentânea do cumprimento da decisão liminar até a decisão do Tribunal *ad quem* acerca da nulidade da distribuição processual, ou, alternativamente, a estipulação de prazo razoável para o seu cumprimento.

Por determinação do Reitor do feito, a Secretaria da Vara processante apresentou relatório acerca do andamento do feito (fls. 472/474).

Novo pedido de informações formulado pelo relator do agravo de instrumento, nos termos do ofício de fl. 475 e das cópias de fls. 476/520, instruído com cópia da decisão relatorial negando a atribuição de efeito suspensivo à decisão de piso que determinou a reintegração dos autores com o consequente pagamento de vencimentos.

Destramando os feitos, foram proferidas sentenças na ação cautelar (fls. 535/561) e no processo principal (fls. 195/215), julgando procedentes os pedidos autorais, declarando nulo o Decreto municipal nº 010, de 02/03/2001, e, consequentemente do processo administrativo nº 001/2001, determinando a reintegração definitiva dos autores ao exercício dos cargos públicos que ocupavam, com o devido pagamento das remunerações devidas, submetendo o ato decisório à apreciação do Tribunal *ad quem*.

Recursos apelatórios às fls. 565/592 (ação cautelar) e às fls. 219/248 (lide ordinária).

Postula o Município recorrente a reforma das decisões meritórias, alegando, em preliminar, a nulidade da sentença por cerceamento de defesa em face do julgamento antecipado da lide sem que fosse realizada a instrução

processual, especialmente a oitiva de testemunhas. Sustenta, ainda em sede preliminar, que o decreto sentencial foi proferido *extra e ultra petita*, sendo, igualmente por estes motivos, nulo.

No mérito, o apelante defende a higidez do ato administrativo que instaurou o processo administrativo que culminou com a anulação do certame público, determinando a exoneração dos autores. Na lide cautelar, o recorrente reforça a impossibilidade de deferimento de cautela satisfativa, repetindo, ademais, os argumentos constantes do apelo na lide ordinária.

Contrarrazões acostadas às fls. 596/601 (ação cautelar) e às fls. 252/257 (lide principal).

Remetidos os autos a esta Corte de Justiça, fui designado Relator.

Pareceres da douta Procuradoria Geral de Justiça opinando pelo conhecimento dos recursos voluntários e oficiais, porém, pelo improvimento das espécies recursais e pela confirmação das sentenças.

É o relatório.

Inicialmente, cumpre salientar que os recursos em tablado atendem aos requisitos intrínsecos e extrínsecos de admissibilidade, merecendo conhecimento.

Cabível a apreciação conjunta dos recursos oficiais e voluntários interpostos em ambos os processos, cautelar e ordinário, objetivando imprimir celeridade e economia processual, assim como prevenir decisões díspares.

Em juízo de primeira preliminar, resta consagrado pelo ordenamento constitucional a imprescindibilidade de intervenção ministerial em feitos judiciais que possuam inegável interesse público, mormente quando se traz à baila a necessidade de concretização do princípio constitucional presente no *caput* do art. 127 da Constituição Federal, *verbis*:

Art. 127. O Ministério Público é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis.

Todavia, a ausência de intervenção do *Parquet* oficiante perante a 1ª Vara da comarca de Santa Quitéria nos presentes autos não constitui, por si só, em cotejo com os demais elementos processuais constantes dos fascículos processuais, causa de nulidade procedimental, haja vista que o princípio da unidade do Ministério Público restou assegurada com a manifestação meritória da Procuradoria Geral de Justiça.

Neste sentido é a dicção do § 4º do art. 515 do CPC, segundo o qual,

“constando a ocorrência de nulidade sanável, o tribunal poderá determinar a realização ou renovação do ato processual, intimadas as partes; cumprida a diligência, sempre que possível prosseguirá o julgamento da apelação”.

Portanto, considera-se que a intervenção supletiva do Ministério Público em segundo grau de jurisdição supre a nulidade, vez que, segundo promoção ministerial da lavra da douta PGJ, que não houve prejuízo ao interesse público.

José Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery, na cultuada obra Curso de Direito Processual Civil e Legislação Extravagante (9ª ed., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006, pg. 277) explicitam o seguinte:

Intervenção no segundo grau. Procuradoria de Justiça. VI ENTA 42: A intervenção da Procuradoria de Justiça em segundo grau evita a anulação de processo no qual o Ministério Público não tenha sido intimado em primeiro grau, desde que não demonstrado o prejuízo ao interesse do tutelado.

Não intervenção do MP no primeiro grau. Intervenção supletiva da Procuradoria de Justiça. A não intervenção do MP em primeiro grau de jurisdição pode ser suprida pela intervenção da Procuradoria de Justiça perante o colegiado de segundo grau, em parecer cuidando do mérito da causa sem arguir prejuízo nem alegar nulidade (STJ, REsp 2903, rel. Min. Atos Carneiro, citado pelo Min. Sálvio de Figueiredo, do REsp 5469, v.u., j. 20.10.1992, BolAASP 1785/100).

A recente orientação emanada da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça converge com o entendimento doutrinário acima esposado, vejamos:

PROCESSUAL CIVIL. MANDADO DE SEGURANÇA. MINISTÉRIO PÚBLICO. *CUSTUS LEGIS*. INTERVENÇÃO OBRIGATÓRIA. ARTIGO 10 DA LEI N. 1.533/1951. MANIFESTAÇÃO EM SEDE DE APELAÇÃO. AUSÊNCIA DE PREJUÍZO. DECRETAÇÃO DE NULIDADE. DESNECESSIDADE.

1. Por ser obrigatória a intervenção do órgão ministerial em sede de mandado de segurança, a mera intimação do *parquet* para manifestar-se sobre a impetração não se mostra suficiente; exige-se, outrossim, o seu efetivo pronunciamento. Precedentes.
2. A teor do disposto no artigo 244 do CPC, considera-se válido o ato realizado de forma diversa daquela prescrita em lei, sem cominação de nulidade, sempre que lhe alcançar a finalidade.
3. O Superior Tribunal de Justiça tem firmado a compreensão de que a decretação da nulidade deve observar a presença de prejuízo.
4. Constatada a manifestação do Ministério Público em sede de apelação não há falar em violação do artigo 10 da Lei n. 1.533/51.

5. Recurso especial não provido. (REsp 948.090/DF, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, DJe 03/08/2009)

Rejeita-se, portanto, a possibilidade de arguição de nulidade processual ante a intervenção supletiva da Procuradoria de Justiça em sede recursal.

A segunda preliminar diz respeito ao cerceamento de defesa supostamente ocasionado pelo julgamento antecipado da lide, não procedendo, o Juízo singular, à instrução processual.

Embora o anúncio, pelo magistrado processante, do julgamento antecipado da lide seja prática recomendável, a sua ausência não acarreta nulidade processual quando, pelo cotejo dos elementos probatórios coligidos pelas partes na fase postulatória, o julgador se sentir apto à prolação da sentença.

Há de se reconhecer que, no caso em espécie, o julgamento antecipado da lide não trouxe qualquer prejuízo ao apelante, fator este ressaltado pelos inúmeros incidentes processuais dos quais lançou mão em sede cautelar, conforme minucioso relato procedido por este Relator.

A questão jurídica está plenamente acorde com a disposição contida no art. 330, I, segunda parte, do CPC, transcrita *in litteris*:

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

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

Recorrendo à doutrina de José Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery, na cultuada obra Curso de Direito Processual Civil e Legislação Extravagante (9ª ed., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006, pg. 277) transcreve-se o seguinte excerto:

I: 2. Desnecessidade de prova em audiência. O dispositivo sob análise autoriza a juiz a julgar o mérito de forma antecipada, quando a matéria for unicamente de direito, ou seja, quando não houver necessidade de fazer-se prova em audiência. Mesmo quando a matéria objeto da causa for de fato, o julgamento antecipado é permitido se o fato for daqueles que não precisam ser provados em audiência, como, por exemplo, os notórios, os incontrovertidos etc. (CPC 334).

A matéria fática encontra-se sobejamente provada na ação cautelar, vez que a defesa apresentada pelo Município apelante (fls. 170/220) foi instruída com cópia do processo administrativo nº 001/2001 (fls. 221 e seguintes), documentação repetida no seio do processo ordinário, como se vê às fls. 61 (Portaria nº 010/2001) até 193, tornado improdutiva, sob o viés processual, proceder-se à oitiva da testemunha Aduino Soares Pontes e dos membros da comissão processante, pois os elementos de prova a serem coligidos podem perfeitamente ser analisados pelos documentos apresentados pelo recorrente.

Sobre o assunto, transcreve-se a jurisprudência da Corte Uniformizadora Infraconstitucional:

CONSTITUCIONAL. AÇÃO POSTULATÓRIA DE DIREITOS ESTATUTÁRIOS. REINTEGRAÇÃO FUNCIONAL. COMPETÊNCIA. JUSTIÇA FEDERAL.

- Compete à Justiça Federal processar e julgar ação de reintegração em cargo público federal, de vez que a pretensão deduzida em juízo tem natureza nitidamente estatutária.

PROCESSUAL CIVIL. JULGAMENTO ANTECIPADO DA LIDE. PRINCÍPIO DO LIVRE CONVENCIMENTO DO JUIZ. CERCEAMENTO DE DEFESA. INEXISTÊNCIA.

- A tutela jurisdicional deve ser prestada de modo a conter todos os elementos que possibilitem à compreensão da controvérsia, bem como as razões determinantes da decisão, como limites ao livre convencimento do juiz, que deve formá-lo com base em qualquer dos meios de prova admitidos em direito material, hipótese em que não há que se falar cerceamento de defesa pelo julgamento antecipado da lide.

- O magistrado tem o poder-dever de julgar antecipadamente a lide, desprezando a realização de audiência para a produção de prova testemunhal, ao constatar que o acervo documental acostado aos autos possui suficiente força probante para nortear e instruir seu entendimento.

ADMINISTRATIVO. SERVIDOR PÚBLICO. REINTEGRAÇÃO NO SERVIÇO PÚBLICO. CONTRATOS DE TRABALHO CELEBRADOS POR TEMPO INDETERMINADO. MATÉRIA DE FATO. REEXAME DE PROVAS. SÚMULA 07/STJ.

- Se as instâncias ordinárias asseguraram a ex-funcionários autárquicos federais regidos pelas normas celetistas a reintegração no serviço público, ao reconhecerem o caráter indeterminado dos contratos de trabalhos celebrados, para modificar tal entendimento seria imprescindível o reexame de todo o quadro fático, providência essa incompatível com o recurso especial, nos termos da Súmula nº 07, do STJ.

- Recurso especial não conhecido. (REsp 102303/PE, Rel. Ministro

VICENTE LEAL, SEXTA TURMA, DJ 17/05/1999 p. 245)

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL. AUSÊNCIA DE OMISSÃO, CONTRADIÇÃO OU FALTA DE MOTIVAÇÃO NO ACÓRDÃO *A QUO*. DESNECESSIDADE DE PRODUÇÃO DE PROVA. JULGAMENTO ANTECIPADO DA LIDE. LIVRE CONVENCIMENTO DO MAGISTRADO. ACERVO DOCUMENTAL SUFICIENTE. NÃO-OCORRÊNCIA DE CERCEAMENTO DE DEFESA. REEXAME DE PROVA. SÚMULA Nº 07/STJ. IMPOSSIBILIDADE. DENÚNCIA ESPONTÂNEA. PARCELAMENTO DO DÉBITO, OU SUA QUITAÇÃO COM ATRASO. MULTA MORATÓRIA. CABIMENTO. APLICAÇÃO DA LC Nº 104/01. ART. 155-A DO CTN. TAXA SELIC. LEI Nº 9.250/95. TERMO *A QUO* DE SUA INCIDÊNCIA. UTILIZAÇÃO EM PERÍODOS DIVERSOS DE OUTROS ÍNDICES. PRECEDENTES.

1. Decisão *a quo* clara e nítida, sem omissões, contradições ou ausência de motivação. O não-acatamento das teses do recurso não implica cerceamento de defesa. Ao juiz cabe apreciar a questão de acordo com o que entender atinente à lide. Não está obrigado a julgá-la conforme o pleiteado pelas partes, mas sim com seu livre convencimento, usando fatos, provas, jurisprudência, aspectos atinentes ao tema e legislação que entender aplicáveis ao caso. Não obstante a oposição de embargos declaratórios, não são eles mero expediente para forçar o ingresso na instância especial, se não há vício para suprir. Não há ofensa ao art. 535, II, do CPC quando a matéria é devidamente abordada no aresto *a quo*.

2. Quanto à necessidade da produção de provas, o juiz tem o dever de julgar a lide antecipadamente, desprezando a realização de audiência para a produção de provas ao constatar que o acervo documental é suficiente para nortear e instruir seu entendimento. É do seu livre convencimento o deferimento de pedido para a produção de quaisquer provas que entender pertinentes ao julgamento da lide.

3. Nos termos da reiterada jurisprudência do STJ, “a tutela jurisdicional deve ser prestada de modo a conter todos os elementos que possibilitem a compreensão da controvérsia, bem como as razões determinantes de decisão, como limites ao livre convencimento do juiz, que deve formá-lo com base em qualquer dos meios de prova admitidos em direito material, hipótese em que não há que se falar cerceamento de defesa pelo julgamento antecipado da lide” e que “o magistrado tem o poder-dever de julgar antecipadamente a lide, desprezando a realização de audiência para a produção de prova testemunhal, ao constatar que o acervo documental acostado aos autos possui suficiente força probante para nortear e instruir seu entendimento” (REsp nº 102303/PE, Rel. Min. Vicente Leal, DJ de 17/05/99)

4. Precedentes: MS nº 7834/DF, Rel. Min. Félix Fischer; REsp nº 330209/SP, Rel. Min. Ari Pargendler; REsp nº 66632/SP, Rel. Min. Vicente Leal, AgReg no AG nº 111249/GO, Rel. Min. Sálvio De Figueiredo Teixeira; REsp nº 39361/RS, Rel. Min. José Arnaldo da Fonseca. Inexistência de cerceamento de defesa em face do indeferimento de prova pleiteada.

5. Demonstrado, de modo evidente, que a procedência do pedido está rigorosamente vinculada ao exame das provas depositadas nos autos.

Na via Especial não há campo para revisar entendimento de 2º grau assentado em prova. A função de tal recurso é, apenas, unificar a aplicação do direito federal, nos termos da Súmula nº 07/STJ.

6. O instituto da denúncia espontânea exige que nenhum lançamento tenha sido feito, isto é, que a infração não tenha sido identificada pelo fisco nem se encontre registrada nos livros fiscais e/ou contábeis do contribuinte. A denúncia espontânea não foi prevista para que favoreça o atraso do pagamento do tributo. Ela existe como incentivo ao contribuinte para denunciar situações de ocorrência de fatos geradores que foram omitidas, como é o caso de aquisição de mercadorias sem nota fiscal, de venda com preço registrado aquém do real, etc.

7. A jurisprudência da egrégia Primeira Seção, por meio de inúmeras decisões proferidas, dentre as quais o REsp nº 284189/SP (Rel. Min. Franciulli Netto, DJ de 26/05/2003), uniformizou entendimento no sentido de que, nos casos em que há parcelamento do débito tributário, ou a sua quitação total, mas com atraso, não deve ser aplicado o benefício da denúncia espontânea da infração, visto que o cumprimento da obrigação foi desmembrado, e esta só será quitada quando satisfeito integralmente o crédito. O parcelamento, pois, não é pagamento, e a este não substitui, mesmo porque não há a presunção de que, pagas algumas parcelas, as demais igualmente serão adimplidas, nos termos do art. 158, I, do CTN.

8. A existência de parcelamento do crédito tributário, ou a sua quitação total, mas com atraso, não convive com a denúncia espontânea. Sem repercussão para a apreciação dessa tese o fato de o parcelamento ou o pagamento total e atrasado do débito, ter ocorrido em data anterior à vigência da LC nº 104/2001, que introduziu, no CTN, o art. 155-A. Prevalência da jurisprudência assumida pela 1ª Seção. Não-influência da LC nº 104/2001.

9. O pagamento da multa, conforme decidiu a 1ª Seção desta Corte, é independente da ocorrência do parcelamento. O que se vem entendendo é que incide a multa pelo simples pagamento atrasado, quer à vista quer tenha ocorrido o parcelamento.

10. Adota-se, a partir de 10/01/1996, o art. 39, § 4º, da Lei nº 9.250/1995, pelo que os juros devem ser calculados, após tal data, de acordo com a referida lei, que inclui, para a sua aferição, a correção monetária do período em que ela foi apurada. A aplicação dos juros, *in casu*, afasta a cumulação de qualquer índice de correção monetária

a partir de sua incidência. Este fator de atualização de moeda já se encontra considerado nos cálculos fixadores da referida Taxa. Sem base legal a pretensão do Fisco de só ser seguido tal sistema de aplicação dos juros quando o contribuinte requerer administrativamente a compensação. Impossível ao intérprete acrescentar ao texto legal condição nela inexistente.

11. A referida Taxa é aplicada em períodos diversos dos demais índices de correção monetária, como IPC/INPC e UFIR. Juros pela Taxa SELIC só a partir da sua instituição da Lei nº 9.250/95, ou seja, 01/01/1996. Entretanto, frise-se que não é ela cumulada com nenhum outro índice de correção monetária. Precedentes desta Corte.

12. Agravo regimental não-provido. (AgRg no Ag 956845/SP, Rel. Ministro JOSÉ DELGADO, PRIMEIRA TURMA, DJe 24/04/2008)

Dessarte, forte no princípio do poder instrutório do juiz, representado no art. 130 da Lei Adjetiva Civil, segundo o qual “caberá ao juiz, de ofício ou a requerimento da parte, determinar as provas necessárias á instrução do processo, indeferindo as diligências inúteis ou meramente protelatórias”, rejeito a preliminar por entender que na espécie não se configurou cerceamento de defesa o julgamento antecipado da lide.

A terceira questão preliminar diz respeito ao julgamento *extra* ou *ultra petita*.

Segundo dispõe o art. 128 do Código de Processo Civil “o juiz decidirá a lide nos limites em que foi proposta, sendo-lhe defeso conhecer de questões, não suscitadas, a cujo respeito a lei exige a iniciativa da parte”.

O princípio da adstrição do juiz ao pedido encontra-se conjugado com a disposição do art. 460 do CPC, que assim prescreve:

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

Recorrendo novamente ao escólio de Nelson Nery Junior (obra citada, pg. 584):

1. Correlação entre pedido, causa de pedir e sentença. O autor fixa os limites da lide e da causa de pedir na petição inicial (CPC 128), cabendo ao juiz decidir de acordo com esse limite. É vedado ao magistrado proferir sentença acima (*ultra*), fora (*extra*) ou abaixo (*citra* ou *infra*) do pedido. Caso o faça, a sentença estará eivada de vício, corrigível por meio de recurso. A sentença *citra* ou *infra* petita pode ser corrigida por meio de embargos de declaração, cabendo ao juiz suprir a omissão; a sentença *ultra* ou *extra petita*

não pode ser corrigida por embargos de declaração mas só por apelação. Cumpre ao tribunal, ao julgar o recurso, reduzi-la aos limites do pedido.

Ao formular o pedido, os autores, ora apelados, requestaram o seguinte (fls. 15/16 do processo ordinário):

Em assim sendo, a presente é para proporem com o de fato o fazem, procedimento ORDINÁRIO DE ANULAÇÃO DE ATO PÚBLICO ADMINISTRATIVO, onde é promovido o MUNICÍPIO DE SANTA QUITÉRIA, na pessoa de seu representante legal, TOMÁS ANTONIO ALBUQUERQUE DE PAULA PESSOA, que deverá ser citado para em querendo contestar o presente feito, pena revelia e acompanhá-lo até final decisão, a qual deverá ser procedente, para julgar nulo o ato da Administração Pública e o bom concurso realizado, com a reintegração definitiva de todos os promoventes e respectivos salários, condenando-se o Município ao pagamento das custas do processo e honorários de advogado, de acordo como que for apurado.

O Juiz sentenciante, ao ministrar o ofício jurisdicional, abordou a parte dispositiva desta forma (fl. 214):

1. Em vista de todo o exposto, julgo PROCEDENTES os pedidos deduzidos na inicial, para:
 - a) declarar nulo o Decreto Municipal nº 010, de 02 de março de 2001, como consequência lógica da nulidade do Processo Administrativo nº 001/2001, que ora também declaro, ficando, assim, garantida a reintegração definitiva dos autores no serviço público municipal, e bem assim com o consentâneo pagamento de suas remunerações, pelo que ratifico, em todos os seus termos o provimento final constante do processo cautelar em apenso;
 - b) condenar o Município requerido a pagar aos autores todas as suas remunerações em atraso, desde a data de sua exoneração, em 02-03-2001, até a sua efetiva reintegração (retorno ao exercício de seus cargos públicos), tudo com atualização monetária a partir dos respectivos vencimentos, observada a mesma forma quanto à incidência dos juros legais moratórios sobre o capital corrigido (v. antigo CC, art. 960; novo CC, art. 397).

O simples cotejo entre o pedido deduzido pelos autores e o provimento jurisdicional proferido pelo Magistrado *a quo* induz à conclusão de que houve, no

item 1.b) do dispositivo sentencial, julgamento *ultra petita*, haja vista que a petição inicial não postulou o pagamento das verbas vencimentais aos promoventes desde as suas respectivas exonerações, cabendo ao Tribunal *ad quem* reduzir a condenação com a finalidade de guardar conformação com o princípio da adstrição.

Isto posto, reconhece-se, em sede apelativa e de recurso *ex-officio*, que o item **1.b)** do dispositivo sentencial foi proferido de forma *ultra petita*, excluindo-o da condenação.

Passa-se à análise meritória, que envolve dois temas, sendo o primeiro adstrito à admissibilidade do provimento cautelar de natureza satisfativa, e o segundo à legalidade e à constitucionalidade dos procedimentos administrativos que culminaram com as exonerações dos recorridos dos seus respectivos cargos públicos.

Tem-se que a medida cautelar é satisfativa quando exaure, no todo ou em parte a providência de mérito cabível no processo ordinário.

Demonstrado, *quantum satis*, que a lide cautelar em destaque não possui qualquer caráter satisfativo, visto que, obtidas as reintegrações dos autores, ora apelados, nos seus respectivos cargos públicos, restou proposta a ação principal, de natureza ordinária, para o fim de declarar a nulidade dos atos administrativos acoimados de ilegais e inconstitucionais.

O mérito da lide principal diz respeito à ausência de observância do devido processo legal, da ampla defesa e do contraditório quando dos procedimentos relativos ao Processo Administrativo nº 001/2001 que culminou com a exoneração dos servidores públicos recorridos dos seus cargos, conquistados por meio de concurso público.

A Constituição Federal elenca, no *caput* do seu art. 37, que a administração pública deve observar, dentre outros, ao princípio da legalidade, da moralidade, da impessoalidade, da publicidade e da eficiência.

Pautando-se por tais princípios básicos, deve, e pode, a administração pública, rever seus atos, revogando-os quando, não atingidos os seus objetivos, não mais atenderem aos juízos de conveniência e de oportunidade; são passíveis, ainda, os atos administrativos, de anulação, quando restarem apurados vícios de legalidade ou de legitimidade.

Segundo pontua Hely Lopes Meirelles (Direito Administrativo Brasileiro, 32ª ed., São Paulo: Malheiros Editores, 2006, pg. 202):

Anulação é a declaração de invalidação de um ato administrativo ilegítimo ou ilegal, feita pela própria Administração ou pelo Poder Judiciário. Baseia-se, portanto, em razões de legitimidade ou legalidade, diversamente da revogação, que se funda em motivos de conveniência ou de oportunidade e, por isso mesmo, é privativa da Administração.

Desde que a Administração reconheça que praticou um ato contrário

ao direito vigente, cumpre-lhe anulá-lo, e quanto antes, para restabelecer a legalidade administrativa. Se o não fizer, poderá o interessado pedir ao Judiciário que verifique a ilegalidade do ato e declare sua invalidade, através da anulação. Mas, como já decidiu o STF: "irregularidades formais, sanadas por outro meio, ou irrelevantes por sua natureza, não anulam o ato que já criou direito subjetivo para terceiro.

Este entendimento encontra-se cristalizado na Súmula nº 473 do Supremo Tribunal Federal.

No caso dos autos, o recorrente publicou edital de concurso público para o provimento de 339 (trezentos e trinta e nove) cargos na administração pública municipal, realizou o certame, homologou e publicou o seu resultado no Diário Oficial do Estado do Ceará.

Em seguida, nomeou os candidatos e conferiu-lhes posse em 02/02/1998 e exercício nos respectivos cargos públicos.

Mas, passados três anos das posses, quando já se poderia cogitar na estabilidade bienal nos cargos públicos, conforme redação primitiva do art. 41 da CRFB, o Prefeito Municipal firmou a Portaria nº 010/2001 e nomeou Comissão Processante Especial com a finalidade de apurar, processar e apresentar relatório final, no prazo de trinta dias, acerca de irregularidades no concurso público realizado no ano de 1997 (fl. 83).

No dia seguinte, a servidora presidente da Comissão Especial, firmou edital de citação (fl. 62) para todos os servidores elencados nos anexos que se seguem, para acompanhar, já na condição de indiciados, todos os termos do Processo Administrativo nº 001/2001, assim como, para apresentar, no prazo de quinze dias, defesa escrita, sob pena de revelia.

O edital de citação foi publicado no DOEC (fls. 74/75)

À fl. 81 restou nomeada a servidora Rita Lopes Muniz na qualidade de defensora dativa dos servidores revéis, conferindo-lhe prazo de dez dias para a apresentação de defesa escrita, enumerados na Portaria nº 002/2001 (fls. 82/87), formulada nos termos da peça de fls. 88 e seguinte.

O relatório final da Comissão Especial repousa às fls. 150/172 conclui pelo reconhecimento da nulidade de todos os atos administrativos relacionados ao concurso público, iniciando-se pelo processo administrativo que reconheceu a inexigibilidade de licitação para a contratação da empresa que realizou o concurso; passando pelo Decreto municipal nº 008/1997, homologatório do resultado do certame; seguindo-se dos Decretos nº 002-A/1998 e 004/1998, convocatórios para a nomeação e posse dos candidatos aprovados no concurso; e, finalmente, de todas as Portarias de nomeação e dos termos de posse dos candidatos.

Seguiu-se parecer da lavra da Procuradoria Geral do Município de Santa Quitéria (fls. 173/182) opinando pela procedência do relatório produzido

pela Comissão Processante Especial e, ainda, pela exoneração de todos os servidores aprovados, nomeados e empossados em decorrência do mencionado concurso público.

Decisão firmada pelo Prefeito de Santa Quitéria às fls. 183/185 homologando o relatório da Comissão Processante Especial, com amparo no parecer da Procuradoria Geral municipal.

O que se conclui da seqüência de atos administrativos combatidos nesta lide é que a administração pública municipal deixou, às escâncaras, de exercer comando constitucional essencial para a legalidade, constitucionalidade e legitimidade do Processo Administrativo nº 001/2001, qual seja, a observância ao princípio do devido processo legal, com as suas vertentes da ampla defesa e do contraditório.

Não há dúvida que assiste à administração pública o direito de anular atos administrativos eivados da nódoa da ilegalidade e da ilegitimidade, porém, quando a investigação atinge direitos individuais e subjetivos de terceiros, imprescindível se torna o oferecimento da oportunidade de contraditar a apuração oficial, apresentando defesa efetiva, e não somente formal, como se apresenta a nomeação de defensor dativo.

As Súmulas 20 e 21 do Excelso Pretório assim dispõem, *verbis*:

Súmula nº 20. É necessário processo administrativo com ampla defesa, para demissão de funcionário admitido por concurso.

Súmula nº 21. Funcionário em estágio probatório não pode ser exonerado nem demitido sem inquérito ou sem as formalidades legais de apuração de sua capacidade.

Para tanto, apresenta-se nulo, sob o ponto de vista processual e, por via direta, sob o viés constitucional do *due process of law*, do contraditório e da ampla defesa dos autores, ora recorridos, a edição e a publicação no Diário Oficial do Estado de edital de citação de dezenas de servidores públicos municipais para a apresentação de defesa no mencionado processo administrativo, quando, para atingir o desiderato da cientificação objetiva do processo que foi instaurado, cumpria à Comissão Processante, determinar a citação pessoal dos indiciados, para, somente após restarem frustradas as diligências citatórias, efetivar a citação editalícia daqueles que não o foram pessoalmente.

É o que se depreende da simples intelecção dos artigos 215, 221, 222, 223, 224 e 231 do Código de Processo Civil, sem o que, a citação não poderá ser considerada válida e eficaz no ponto de vista processual e constitucional, vez que o objetivo é a observância ao princípio do devido processo legal.

O art. 231 do CPC estipula as hipóteses em que se fará a citação por edital, senão vejamos:

Art. 231. Far-se-á a citação por edital:

I – quando desconhecido ou incerto o réu;

II – quando ignorado, incerto ou inacessível o lugar em que se encontrar;

III – nos casos expressos em lei.

O edital de fl. 62 não indica a necessidade de se proceder a citação dos servidores indiciados pela via ficta, fato este que igualmente não se justifica, vez que tais servidores laboravam na sede do Município de Santa Quitéria e nos seus distritos.

Com a sapiência que lhe é costumeira, Hely Lopes Meirelles (Direito Administrativo Brasileiro, 32ª ed., São Paulo: Malheiros Editores, 2006, pg. 688), nos brinda com sua salutar doutrina acerca do ponto de discussão:

Por garantia de defesa deve-se entender não só a observância do rito adequado como a cientificação do processo ao interessado, a oportunidade para contestar a acusação, produzir prova de seu direito, acompanhar atos da instrução e utilizar-se dos recursos cabíveis. A cientificação deve ser pessoal, sendo admitida a feita mediante publicação oficial (Diário Oficial) nas hipóteses em que a parte interessada estiver em lugar incerto e não sabido (art. 26, § 4º, da Lei 9.784/99), sob pena de lesão ao contraditório e à ampla defesa.

(...)

Processo administrativo sem oportunidade de defesa ou com defesa cerceada é nulo, conforme têm decidido reiteradamente nossos Tribunais judiciais, confirmando a aplicabilidade do princípio constitucional do devido processo legal, ou, mais especificadamente, da garantia de defesa.

A jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará reprime a inobservância, pela administração pública, do devido processo legal em casos que podem levar à ruptura do vínculo entre o servidor público e a administração, consoante se depreende dos precedentes a seguir colacionados, *litteris*:

EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL E RECURSO OFICIAL - AÇÃO ORDINÁRIA - JULGAMENTO ANTECIPADO DA LIDE - INEXISTÊNCIA DE CERCEAMENTO DE DEFESA - JULGAMENTO EXTRA PETITA - ANULAÇÃO PARCIAL -

SERVIDORES PÚBLICOS MUNICIPAIS - EXONERAÇÃO - INEXISTÊNCIA DE PROCESSO ADMINISTRATIVO OU JUDICIAL - CONSEQÜENTE AUSÊNCIA DE CONTRADITÓRIO, AMPLA DEFESA E DEVIDO PROCESSO LEGAL - NECESSIDADE DE REINTEGRAÇÃO - RECURSOS CONHECIDOS E PARCIALMENTE PROVIDOS.

I- Conquanto seja prática cotidiana o anúncio do julgamento antecipado da lide, a Lei Adjetiva Civil não traz qualquer determinação nesse sentido. Ao contrário, confere-se ao magistrado o poder-dever de proferir desde logo sentença, caso observe que a questão é unicamente de direito ou, sendo de direito e de fato, não necessita de produção de prova em audiência, já que o acervo documental acostado aos autos possui suficiente força probante para nortear e instruir seu entendimento.

II- Tendo a sentença hostilizada concedido aos autores provimento diverso do que efetivamente pedido pelos mesmos na exordial, trata-se decisão *extra petita*, devendo assim ser anulada neste tocante, eis que em desconformidade com os artigos 128 e 460 do CPC.

III- Consoante art. 41 do Texto Constitucional, deveria ter sido instaurado processo administrativo ou judicial em que fosse oportunizado aos recorridos o exercício da ampla defesa (CF/1988, art. 5º, inc. LV).

IV- Tanto nos processos judiciais como nos administrativos faz-se imprescindível a oportunidade de ampla defesa aos acusados (CF/1988, art. 5º, inc. LV), sob pena de mácula a todo o procedimento administrativo.

V- Imperiosa é a necessidade de se assegurar plenamente o direito fundamental do servidor à ampla e irrestrita defesa, ainda quando não adquirida a estabilidade, sob pena de nulidade do ato administrativo.

VI- Recursos conhecidos e parcialmente providos. (Apelação Cível nº 2000.0168.9178-4/1, Relatora Desa. Gizela Nunes da Costa, Segunda Câmara Cível, DJ 30/01/2008)

Ementa: CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. APELAÇÃO CÍVEL. REEXAME NECESSÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA. SERVIDORES PÚBLICOS MUNICIPAIS APROVADOS EM CONCURSO PÚBLICO REGULARMENTE NOMEADOS E EMPOSSADOS A MAIS DE 03 (TRÊS) ANOS. EXONERAÇÃO. DESPACHO DO PREFEITO. INOBSERVÂNCIA DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DO CONTRADITÓRIO E DA AMPLA DEFESA. IMPOSSIBILIDADE. PRECEDENTES DO STF, STJ E DESTE TRIBUNAL. REINTEGRAÇÃO. DIREITO AS VANTAGENS INERENTES AO CARGO DURANTE O PERÍODO DE AFASTAMENTO. APELO E REEXAME CONHECIDOS E DESPROVIDOS. SENTENÇA MANTIDA. 1. O servidor aprovado em concurso público e em efetivo exercício de suas funções, ainda que não estável, não pode ser exonerado sem a observância das garantias constitucionais do contraditório e da ampla defesa apurados em procedimento administrativo. (Inteligência do art. 5º, inciso LV, da CF/88 e Súmula 20 do STF). Precedentes do STF, STJ e desta Corte de Justiça. 2. No caso, ainda que a Administração Municipal tenha verificado a existência de ilegalidade nos atos de posse dos recorridos, não poderia por simples despacho do Prefeito Municipal anulá-los, dispensando o devido processo legal, considerando que os servidores foram devidamente nomeados e empossados em seus cargos há mais de 03 (três) anos. 3. Reintegrado ao cargo, pelo reconhecimento da nulidade do ato que o afastou do serviço público, tem o servidor público direito ao recebimento das vantagens inerentes, durante o período de seu afastamento. Precedentes do STJ. 4. Apelo e reexame conhecidos e não providos. Sentença mantida. (Apelação Cível nº 2006.0002.4643-3/1, Relator Des. Antonio Abelardo Benevides Moraes, Terceira Câmara Cível, DJ 13/05/2008)

No mesmo sentido, a jurisprudência uníssona do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça:

EMENTA: CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. EXONERAÇÃO DE SERVIDOR PÚBLICO. CONTRADITÓRIO E AMPLA DEFESA.

I. - Servidor público, ainda que não goze de estabilidade excepcional, não pode ser exonerado do cargo sem a observância do devido processo legal.

II. - Agravo não provido. (RE 409997 AgR, Relator Min. CARLOS VELLOSO, Segunda Turma, DJ 16-12-2005 PP-00107 EMENT VOL-02218-05 PP-01027)

PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. RECURSO ESPECIAL. SERVIDOR PÚBLICO MUNICIPAL. ILEGITIMIDADE PASSIVA *AD CAUSAM*. AUSÊNCIA DE INDICAÇÃO DO DISPOSITIVO INFRACONSTITUCIONAL VIOLADO. DEFICIÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO. SÚMULA 284/STF. OFENSA AO ART. 535, II, DO CPC. INEXISTÊNCIA. CONCURSO PÚBLICO. ANULAÇÃO. EXONERAÇÃO SEM O DEVIDO PROCESSO LEGAL E SEM O CONTRADITÓRIO. IMPOSSIBILIDADE. PRECEDENTES. DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL NÃO COMPROVADO. RECURSO ESPECIAL CONHECIDO E IMPROVIDO.

1. É inviável o conhecimento do recurso especial quanto à alegação de ilegitimidade passiva *ad causam*, tendo em vista que o recorrente deixou de apontar qual o dispositivo legal teria sido afrontado no aresto impugnado, o que implica deficiência de fundamentação. Incidência da Súmula 284/STF.

2. Ainda que vencida fosse tal deficiência, tratando-se de mandado de segurança no qual se ataca ato normativo de efeito concreto, a parte passiva legítima é a autoridade a quem compete a aplicação concreta da norma. Hipótese em que o ato contra o qual se insurgiu o impetrante foi praticado pelo Prefeito Municipal, razão porque não haveria falar em sua ilegitimidade.

3. Conforme previsto no art. 535 do CPC, os embargos de declaração têm como objetivo sanar eventual obscuridade, contradição ou omissão existentes na decisão recorrida. Não há omissão quando o Tribunal de origem pronuncia-se, como na hipótese, de forma clara e precisa sobre a questão posta nos autos, assentando-se em fundamentos suficientes para embasar a decisão.

4. Os servidores públicos concursados, nomeados e empossados não podem ser exonerados em virtude de anulação de concurso público sem que lhes seja assegurada a observância dos princípios constitucionais da ampla defesa e do contraditório. Precedentes.

5. “Não se conhece do recurso especial pela divergência, quando a orientação do tribunal se firmou no mesmo sentido da decisão recorrida” (Súmula 83/STJ).

6. Recurso especial conhecido e improvido. (REsp 697.917/AL, Rel. Min. ARNALDO ESTEVES LIMA, QUINTA TURMA, DJ 28/05/2007 p. 392)

RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. ADMINISTRATIVO. EXONERAÇÃO DE SERVIDORES CONCURSADOS. ESTÁGIO PROBATÓRIO. DEVIDO PROCESSO LEGAL. AMPLA DEFESA.

1. Os servidores públicos concursados, nomeados e empossados, que estejam em estágio probatório, gozam dos direitos constitucionais do devido processo legal e da ampla defesa quando em processo de demissão ou exoneração.

2. Precedentes do Superior Tribunal de Justiça.

3. Recurso provido. (RMS 9.408/SE, Rel. Ministro HAMILTON CARVALHIDO, SEXTA TURMA, DJ 18/12/2000 p. 238)

Ex positis, em consonância com o judicioso duto parecer da Procuradoria Geral de Justiça, conheço dos recursos oficial e voluntário, para, em sede preliminar acolher a suscitação de julgamento *extra petita*, excluindo da condenação o item **1.b)** do decreto sentencial, rejeitar as demais preliminares ventiladas no apelo e, no mérito, improver os recursos, mantendo a sentença *a quo* quanto às demais estipulações.

É como voto.

Fortaleza, 11 de novembro de 2009.

PROCESSO Nº 2000.0204.9879-0/1.

APELAÇÃO CÍVEL.

RECORRENTE JUIZ DE DIREITO DA VARA ÚNICA DA COMARCA DE SÃO LUÍS DO CURU.

APELANTE: MUNICÍPIO DE SÃO LUÍS DO CURU.

APELADA: RITA DE CÁSSIA RODRIGUES DE LIMA.

RELATOR: DESEMBARGADOR FERNANDO LUIZ XIMENES ROCHA.

EMENTA: CONSTITUCIONAL. APELAÇÃO CÍVEL E REEXAME NECESSÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA. GARANTIA DO SALÁRIO MÍNIMO. CARGA HORÁRIA. IRRELEVÂNCIA. STF, SÚMULA VINCULANTE 16.

1. Com a publicação da Súmula vinculante nº 16, STF, resta superada a dúvida quanto à aplicação da garantia de pagamento da remuneração total nunca inferior ao salário mínimo a todos os servidores públicos civis, independentemente da carga horária cumprida.

2. Apelo desprovido e reexame necessário realizado, com manutenção da segurança concedida.

ACÓRDÃO

Acordam os Desembargadores integrantes da Primeira Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, em julgamento de Turma, por maioria de votos, em desprover a apelação e o reexame obrigatório para manter a segurança concedida, tudo de conformidade com o voto do Relator.

Fortaleza, 27 de julho de 2009.

RELATÓRIO

Trata-se de remessa obrigatória e de apelação interposta pelo Município de São Luís do Curu (CE), em face de sentença concessiva de segurança, que garantiu à servidora Rita de Cássia Rodrigues de Lima o direito de perceber salário nunca inferior ao mínimo e ordenar o Município de São Luís do Curu que pague ao impetrante o salário mínimo nacionalmente unificado *sic* (fls. 43-7).

O postulante inicia a insurreição apontando os óbices legais de concessão de liminar que acarrete aumento ou extensão de vantagem.

Acresce que a recorrida labora com carga reduzida de 4 (quatro) horas diárias, a possibilitar o pagamento de salário inferior ao mínimo consoante jurisprudência dos tribunais pátrios.

Sustenta, também, que o art. 7º, inc. IV, da Constituição Federal de 1988 deve observar a jornada de trabalho de 8 (oito horas) diárias e 44 (quarenta e quatro) horas semanais, prevista no inciso XIII do mesmo preceptivo, sob pena de restar caracterizada ofensa aos princípios da legalidade e moralidade administrativas.

Regularmente intimada, a apelada não apresentou contrarrazões (fl. 57v.).

Instada a se manifestar, a Procuradoria Geral de Justiça pronunciou-se pelo provimento parcial do inconformismo apenas para revogar a liminar concedida.

É o relatório.

VOTO

Recurso tempestivamente interposto e isento de preparo (art. 511, §1º, do Código de Processo Civil). Admito o apelo e a remessa obrigatória.

Quanto ao mérito, consoante já destacado em decisões precedentes, estou ciente da iterativa jurisprudência trabalhista condicionante da garantia do salário mínimo à jornada máxima de trabalho prevista no art. 7º, inc. XIII, da Constituição Federal.¹

Com amparo na vertente mencionada, a labuta durante intervalo de tempo aquém daquele limite justificaria o pagamento de estipêndio em valor inferior ao patamar mínimo nacionalmente unificado, sob a consideração de que obrigatório atentar-se para a proporcionalidade do binômio período máximo de trabalho - salário mínimo.

Reconheço que guardava dúvidas quanto ao acerto da jurisprudência da Justiça laboral com relação à matéria e sua aplicação aos servidores públicos.

Isso porque, examinando a dicitão do art. 7º da Carta da República, não vislumbro neste dispositivo o estabelecimento de jornada padrão, mas da máxima permitida, com visio de resguardar o obreiro de sobrecarga de trabalho por conduta arbitrária do empregador.

Trata-se de garantia conquistada, como sabido, após intensa luta social que resultou na suplantação de injusta prática escravocrata de submissão do trabalhador a prolongado e exaustivo tempo de dedicação ao labor.

Nesse ponto, nem mesmo a Consolidação das Leis do Trabalho estipula o lapso de 8 (oito) horas diárias como jornada padrão, mas sim como limite máximo impositivo (art. 58)². E nem poderia ser diferente, afinal, diante da negociação entre as partes contratantes como tônica do direito do trabalho, desde que preservadas pelo empregador as garantias mínimas de proteção do empregado (art. 444, da CLT), tal deve ficar a cargo do trabalhador e do tomador do serviço, podendo este, por ato de liberalidade, arbitrar jornada inferior ao teto constitucionalmente imposto³.

De outra banda, importante ressaltar que a Constituição e a CLT não estabelecem relação de correspondência entre a duração diária e semanal

máxima autorizada e o direito à percepção do salário mínimo; aliás, este último diploma normativo, na conceituação do salário mínimo, não considera a jornada máxima, mas sim o dia normal de serviço objeto da livre pactuação das partes.⁴

Respeitante ao salário mínimo, extrai-se do conteúdo material ampliado pela Constituição o comando direcionado ao legislador ordinário de que o valor fixado seja idôneo a satisfazer às necessidades vitais elementares do trabalhador e de sua família no que tange à moradia, alimentação, educação, saúde, lazer, vestuário, higiene, transporte e previdência social (art. 7º, inc. IV).

Nesse tocante, o Constituinte de 1988 assegurou o direito social ao salário mínimo de forma incondicionada, reportando-se ao legislador ordinário apenas para alertá-lo das demandas essenciais dos trabalhadores em geral e de sua família, a serem consideradas na fixação de *quantum* efetivamente capaz de atender a tal fim.

Quanto a isso, é importante perceber que, diversamente do que sucede com a garantia da irredutibilidade do salário, que admite mitigação consoante disposição em convenção ou acordo coletivo (art. 7º, inc. VI), em relação ao salário mínimo, estipulado por via legal, sequer existe autorização expressa nesse sentido, a revelar a valoração privilegiada deste pela Lei Fundamental.

Em tal contexto, entendo que os incisos IV e XIII do art. 7º da CF/1988 cuidam de realidades distintas e autônomas sem qualquer vinculação de proporcionalidade, muito embora resguardem, ambos, a dignidade da pessoa humana, haja vista atuarem como instrumento jurídico eficaz de realização da justiça social.

Essas as razões primordiais por que não me engajo à tese desenvolvida na Justiça Trabalhista, visto que, a pretexto de conferir interpretação sistemática entre os preceptivos constitucionais em cotejo, ao invés de conferir a máxima efetividade possível à dignidade da pessoa humana, núcleo essencial de ambos dispositivos e pilastra fundamental do Estado brasileiro, tende a esvaziá-la.

Diante disso, não extraio da Constituição fundamento plausível para admitir o pagamento de salário em quantia aquém do piso básico nacionalmente unificado, mediante simples verificação de que a carga horária cumprida é inferior ao limite máximo permitido de 8 (oito) horas diárias e 44 (quarenta e quatro) horas semanais.

Se a experiência revela que os empregadores, em geral, contratam seu pessoal para cumprir a jornada máxima constitucionalmente imposta, pagando, em contraprestação, apenas o salário mínimo, tal decorre de ato inserido em seu legítimo campo de discricionariedade.

Isso não justifica, ao que me parece, a vinculação que a jurisprudência predominante pretende atribuir aos direitos em apreço.

Em relação aos servidores ocupantes de cargo público aplica-se o art. 7º, incs. IV e XIII, da Constituição Federal, por força do disposto no art. 39, §3º, desta, sendo-lhes perfeitamente devidas as considerações acima formuladas,

com mais ênfase ainda, haja vista as vedações legais e constitucionais que lhes são impostas, como é o caso da acumulação remunerada de cargos públicos.

O tema em tablado não é novo neste Tribunal de Justiça, como se pode observar dos arestos transcritos, *verbis*:

REMUNERAÇÃO DO SERVIDOR INFERIOR AO SALÁRIO MÍNIMO ESTABELECIDO - ALEGADA PROPORCIONALIDADE À JORNADA DE TRABALHO - OFENSA AO ART. 7º, IV, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL - HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS ARBITRADOS TENDO POR BASE O MÍNIMO LEGAL - APELAÇÃO IMPROVIDA - SENTENÇA MANTIDA:

I- O art. 7º, IV, da CF/88, destaca ser direito do trabalhador urbano ou rural a percepção do salário mínimo fixado nacionalmente, de modo que tal remuneração garanta a satisfação das necessidades vitais básicas do trabalhador e de sua família, resguardando-lhes a dignidade humana. II - Não há preceptivo legal, nem tampouco constitucional, que permita a proporcionalidade da remuneração mínima ao número de horas trabalhadas, sobretudo porque o salário mínimo independe da carga horária de trabalho cumprida pelo trabalhador. III - Igualmente, o artigo 117 da CLT dispõe serem nulas as cláusulas contratuais que determinem remuneração abaixo do salário mínimo fixado. IV - Não é excessiva a condenação em honorários advocatícios quando fixada no mínimo estabelecido pelo § 3º, do art. 20, do CPC. V - Apelação conhecida, porém improvida. VI - *Nemine discrepanti*. (Apelação Cível nº 2005.0018.6166-4/1 – Rel. Desa. Maria Celeste Thomaz de Aragão – DJ. 24.7.2008 – P. 20).

REMESSA OFICIAL E APELAÇÃO CÍVEL EM SEDE DE AÇÃO ORDINÁRIA. SERVIDOR PÚBLICO MUNICIPAL. COMPOSIÇÃO DOS VENCIMENTOS. REMUNERAÇÃO INFERIOR AO VALOR DO SALÁRIO MÍNIMO, CONSTITUCIONALMENTE PREVISTO. IMPOSSIBILIDADE, DADA A OBRIGAÇÃO DO S.M. EM ATENDER ÀS NECESSIDADES VITAIS DO SER HUMANO. - É ilegal o pagamento de servidor em quantia inferior ao valor definido para o salário mínimo, a teor do insculpido no artigo 7º, IV, combinado com o artigo 39, §3º, ambos da Carta Maior. - Nesses termos, nenhum servidor, ativo, inativo ou sujeito à disponibilidade poderá receber valor aquém do salário mínimo, sendo a norma constitucional que assegura tal direito de aplicabilidade imediata, conforme entendimento pacífico no seio do colendo Supremo Tribunal Federal, conforme se verifica no julgamento do RE nº 195315-PB, DJ de

07.08.98, Rel. Min. Sidney Sanches. - Remessa oficial e Apelação Cível conhecidas e improvidas. (Apelação Cível nº 2008.0004.6708-8/1 – Rel. Des. Ademar Mendes Bezerra – DJ. 8.1.2009 – P. 21).

CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. APELAÇÃO CÍVEL. REEXAME NECESSÁRIO. AÇÃO ORDINÁRIA. SERVIDORA PÚBLICA MUNICIPAL. REMUNERAÇÃO INFERIOR AO SALÁRIO MÍNIMO PREVISTO NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988. IMPOSSIBILIDADE. SENTENÇA MANTIDA.

1.Sendo o salário mínimo um direito social assegurado pela Constituição Federal, de incidência imediata, deve ser acolhida a pretensão autoral, garantindo a aplicação da ordem jurídica constituída. 2.A garantia do salário mínimo é aplicável a todos os servidores das três esferas de governo, sob pena de afrontar os dispositivos constitucionais que tratam da matéria, especialmente os arts. 7º, IV, c/c 39, § 3º, da CF/88. 3.Recurso voluntário e reexame necessário conhecidos e não providos. (Apelação Cível e Reexame Necessário nº 2008.0007.8639-6/1 – Rel. Des. Antônio Abelardo Benevides Moraes - DJ. 25.2.2009 – P. 32-3).

O Supremo Tribunal Federal, muito embora não houvesse enfrentado diretamente a discussão quanto à viabilidade de pagamento da remuneração de servidor público civil em percentual inferior ao mínimo por conta da carga horária respectiva, parece ter afastado essa possibilidade por via reflexa. No âmbito do Recurso Extraordinário nº 570.177/MG, o Ministro-Relator Ricardo Lewandowski, ao destacar a distinção de tratamento constitucional entre os servidores públicos civis e os agentes militares, pontua: [...] *Com efeito, diferentemente do que ocorre com os trabalhadores urbanos e rurais e, também, com os servidores públicos civis, aos quais os arts. 7º, IV, e 39, §2º (atual §3º, na redação da EC 19/98) da Carta Magna asseguram remuneração nunca inferior ao salário mínimo, não contam os militares com a mesma garantia constitucional [...]* (DJe 27.6.2008 – p. 117) - original sem destaque.

A corroborar tal entendimento, recentemente, a Corte Excelsa editou a Súmula vinculante nº 16, assentando a convicção de que *os artigos 7º, IV, e 39, §3º (redação da EC 19/98), da Constituição, referem-se ao total da remuneração percebida pelo servidor público.*⁵

É verdade que o posicionamento sedimentado pelo STF não adveio de discussão específica atinente à possibilidade de pagamento de remuneração inferior ao salário mínimo para a hipótese de carga horária cumprida em período inferior ao teto constitucionalmente estabelecido.

Sucedede que, ao se reportar ao total da remuneração percebida pelo servidor público para fim de atendimento à garantia constitucional do salário mínimo sem qualquer ressalva atinente à carga horária prestada, resulta fortificada a

consideração de ser, para tanto, irrelevante o tempo diário e semanal de labuta do trabalhador.

Por conseguinte, com a publicação do verbete (DJe e DO, ambos de 1º/7/2009), vinculando os demais órgãos do Poder Judiciário e a administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal (art. 103-A, da Constituição Federal), doravante, qualquer debate relativo ao tema revela-se inócuo, visto que dissipada a controvérsia quanto à extensão, a todos os servidores públicos, da garantia constitucionalmente assegurada de percepção de remuneração nunca inferior ao salário mínimo nacionalmente unificado, independentemente da duração do trabalho.

Assim, parece-me restar suplantada a tese condicionante do pagamento do piso mínimo à prestação de carga horária máxima de trabalho (art. 7º, incs. IV e XIII, da CF/1988).

Do exposto, à vista do que decidido pela Corte Excelsa, nego provimento à apelação, e, em reexame obrigatório, mantenho a segurança concedida.

É como voto.

¹CF/1988

“Art. 7º. São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social:

XIII- duração do trabalho normal não superior a oito horas diárias e quarenta e quatro horas semanais, facultada a compensação de horários e a redução da jornada, mediante acordo ou convenção coletiva de trabalho”.

²CLT

Art. 58. A duração normal do trabalho, para os empregados em qualquer atividade privada, não excederá de oito horas diárias, desde que não seja fixado expressamente outro limite.

³Art. 444. As relações contratuais de trabalho podem ser objeto de livre estipulação das partes interessadas em tudo quanto não contravenha às disposições de proteção ao trabalho, aos contratos coletivos que lhes sejam aplicáveis e às decisões das autoridades competentes.

⁴Art. 76. Salário mínimo é a contraprestação mínima devida e paga diretamente pelo empregador a todo trabalhador, inclusive ao trabalhador rural, sem distinção de sexo, por **dia normal de serviço**, e capaz de satisfazer, em determinada época e região do País, as suas necessidades normais de alimentação, habitação, vestuário, higiene e transporte.

⁵CF/1988

“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.”

PROCESSO Nº 2002.0004.5943-4/0.

APELAÇÃO.

APELANTE: EDITORA VERDES MARES LTDA.

APELADA: SAMIA COSTA CAVALCANTE.

RELATOR: DES. FERNANDO LUIZ XIMENES ROCHA.

**EMENTA: CONSTITUCIONAL E PROCES-
SUAL CIVIL. JUNTADA POSTERIOR DE
DOCUMENTO ESSENCIAL AO DESLINDE DA
CONTROVÉRSIA EM EXAME. AUSÊNCIA DE
INTIMAÇÃO DA RÉ PARA SOBRE ELE SE
MANIFESTAR. VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO
DO CONTRADITÓRIO E DA AMPLA
DEFESA.**

1. Considerando o Magistrado, por ocasião do julgamento, prova documental juntada posteriormente pela parte autora, a implicar condenação ou acarretar prejuízo à parte opoente, mister a intimação desta para manifestar-se, nos termos do art. 398 do Código de Processo Civil.

2. É de ser anulado o decisório proferido com espeque em prova sobre a qual não foi propiciado à parte contrária falar (CF, art. 5º, LV).

3. Recurso conhecido e provido.

ACÓRDÃO

Acordam os integrantes da Primeira Câmara Cível, por julgamento de Turma, unanimemente, em conhecer e prover o apelo, de acordo com o voto do Relator.

Fortaleza, 17 de agosto de 2009.

RELATÓRIO

Trata-se de apelação oposta por Editora Verdes Mares Ltda. contra decisão do Juízo da 10ª Vara Cível da Comarca de Fortaleza (CE) que, em sede de ação de indenização por danos morais fundada em publicação pretensamente ofensiva de matéria jornalística nos periódicos *Diário do Nordeste* e *Jornal da Rua*, julgou procedente o pedido e condenou a recorrente (fls. 66-69), por arbitramento, a indenizar a recorrida em R\$ 18.000,00 (dezoito mil reais),

equivalente a 100 (cem) salários mínimos à época, quantia esta a ser atualizada monetariamente e acrescida de juros legais de 1% ao mês, desde a citação, mais verba honorária em 15% (quinze por cento) do valor da condenação.

Em razões recursais (fls. 72-85), assevera a recorrente que a “reportagem não procurou em momento algum denegrir a imagem da apelada, tampouco procurou atentar contra a sua moral, visto que a própria apelada fora alvo de investigação realizada pela Comissão Parlamentar de Inquérito relativa ao Narcotráfico, ‘CPI do Narcotráfico’, defesa esta acolhida pelo juízo de primeiro grau, não encontrando quaisquer elementos ensejadores da malsinada ação” (fl. 72).

Menciona, ainda, não lhe ter sido dada oportunidade para manifestação em contradita acerca do documento do fl. 59 (exemplar do *Jornal da Rua*), sobre que deliberou o Magistrado, essencialmente, para a condenação adversada, a malferir disposição constante do art. 397 do Código de Processo Civil e o princípio do contraditório constitucionalmente garantido.

Argumenta ser desproporcional o *quantum* indenizatório no qual incorreu quando de sua condenação, devendo-se aplicar ao caso a Lei de Imprensa (L. 5.250/1967), a qual prescreve não poder ultrapassar de 20 (vinte) salários mínimos o valor máximo da indenização.

Contrarrazões às fls. 94-109.

A insurreição foi apreciada pela Terceira Câmara Cível deste Tribunal (fls. 127-128), sob a relatoria do Des. Ernani Barreira Porto, que unanimemente negou conhecimento ao recurso porquanto inadmissível ante a inexistência de depósito, pela recorrente, de quantia equivalente ao valor da condenação em primeiro grau (Lei 5.250/1967, art. 57, §6º).

O acórdão foi reformado em sede de recurso especial, em que afastada a obrigatoriedade do depósito previsto no art. 57, §6º, da LI, e determinado o retorno dos autos a este Colegiado, para o julgamento do apelo.

É o relatório.

VOTO

Presentes os requisitos de admissibilidade, conheço do apelo .

Cuida-se de recurso manejado por Editora Verdes Mares Ltda., condenada em primeira instância a indenizar a recorrida, por arbitramento, em R\$ 18.000,00 (dezoito mil reais), equivalente a 100 (cem) salários mínimos à época, quantia esta a ser atualizada monetariamente e acrescida de juros legais de 1% ao mês, desde a citação, mais verba honorária em 15% (quinze por cento) do valor da condenação, em vista de publicação pretensamente ofensiva de matéria jornalística nos periódicos *Diário do Nordeste* e *Jornal da Rua*.

A autora trouxe aos fólios, com o propósito de provar suas alegações,

o exemplar do jornal *Diário do Nordeste*, de 10.05.2000, pág. 15 (fl. 18) e atestado médico a declarar que a recorrida está submetida a tratamento psicoterápico (fl. 19).

Após a contestação de fls. 41-54, a apelada fez juntar mediante petição aos fólios original do *Jornal da Rua* (fl. 59), editado na mesma data que o acima mencionado, a noticiar, pois, provavelmente, “fato velho de ciência nova”, isto é, idêntica matéria jornalística apresentada naqueloutro noticioso (*Diário do Nordeste*) também publicado pela ré-apelante.

Não houve intimação da parte demandada (ora apelante), a fim de se manifestar sobre o documento coligido à fl. 59 (*Jornal da Rua*).

Após a audiência de conciliação, foi anunciado o julgamento antecipado da lide.

Proferiu o Magistrado sentença, na qual afastou a responsabilidade civil do periódico *Diário do Nordeste*, mas considerou extrapolar no segundo informativo, o *Jornal da Rua*, veja-se:

[...]

Entretanto, não vislumbro a mesma serenidade e espírito jornalístico na publicação veiculada no Jornal da Rua. Tal publicação, em si, traz uma conotação pejorativa da realidade dos fatos. A simples exposição de pessoas em suas páginas já incute no leitor um juízo depreciativo de quem tem sua imagem veiculada por este jornal. Tampouco é exceção o caso em tela, onde a estudante Sâmia tem a foto publicada numa página onde a manchete é: “CPI desmascara tubarões do Narcotráfico no Ceará.” Não bastasse a manchete da reportagem, há ainda a veiculação da imagem da demandante meio a outras, de pessoas algemadas, inclusive com menções do tipo: “Geovane Cesarino, o ‘rei do pó’, foi outro acochado.” Pergunto: o que impede um leitor mediano de concluir que a promovente também fora ‘acoçada’ pela CPI? Nada. Eis o cerne da questão: a publicação nada fez para resguardar a imagem de uma pessoa que foi apenas acusada de crime. Pelo contrário. Veiculou sua imagem sem permissão, e a colocou em meio a reportagem de cunho manifestamente depreciativo, além de incutir em um leitor mediano juízo de valor, fazendo com que este julgue previamente a promovente, comprometendo sua imagem e honra, razão pela qual a indenização é cabível nesse aspecto, visto que a notícia veiculada pelo Jornal da Rua não se encontra sob o manto protetor da lei 5.250/67.

[...] (fl. 69).

Observo a prevalência no decisório acima transcrito, para a condenação em tablado, de prova documental produzida pela requerente, é dizer, a matéria jornalística publicada no *Jornal da Rua*, a qual não foi contraditada pela empresa-ré, porquanto não intimada, e sem que o resultado do julgamento seria inteiramente diverso, em prol da recorrente.

O art. 397 do CPC garante ser “lícito às partes, em qualquer tempo, juntar aos autos documentos novos, quando destinados a fazer prova de fatos ocorridos depois dos articulados, ou para contrapô-los aos que foram produzidos nos autos”.

Em respeito ao princípio do contraditório, o art. 398 daquele Código preceitua: “Sempre que uma das partes requerer a juntada de documento aos autos, o juiz ouvirá, a seu respeito, a outra, no prazo de 5 (cinco) dias”.

Luiz Guilherme Marinoni e Daniel Mitidiero esclarecem:

1. Contraditório. [...] Trata-se de concretização no campo específico da prova documental do direito fundamental ao contraditório (art. 5º, LV, CRFB). A regra tem aplicação tanto no primeiro como no segundo grau de jurisdição: **o que interessa é que tenha havido juntada de documentos, fato que impõe a oitiva da parte contrária sobre a sua eventual admissão como meio de prova e/ou saber sobre o valor que deve merecer no conjunto probatório dos autos** (STJ, 1ª Turma, REsp 601.309/SC, rel. Min. Denise Arruda, j. em 12.12.2006, DJ 01.02.2007, p. 394).

2. Invalidade. A não-intimação da parte contrária para falar a respeito de documentos juntados aos autos pela outra pode ou não ocasionar a nulidade dos atos processuais subsequentes — tudo depende da relevância da prova juntada no contexto dos autos. [...] “É firme a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça no sentido de que não há falar em violação ao art. 398 do CPC quando a parte não houver sido intimada para se pronunciar sobre documento novo acostado aos autos, **se este for desinfluyente para o julgamento da controvérsia, não acarretando prejuízo para os litigantes**” (STJ, 5ª Turma, REsp 438.188/MG, rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, j. em 20.11.2006, DJ 11.12.2006, p. 404. Só há nulidade se houver prejuízo para os fins de justiça do processo. (Cf. Código de processo civil comentado artigo por artigo. São Paulo: RT, 2008, p. 386-387).

Ainda sobre o tema em questão (direito à ampla defesa e ao contraditório), lapidar é o ensinamento de Gilmar Ferreira Mendes, Inocêncio Mártires Coelho e Paulo Gustavo Gonet Branco, que lecionam:

Daí afirmar-se, corretamente, que a *pretensão à tutela jurídica*, que corresponde exatamente à garantia consagrada no art. 5º, LV, da Constituição, contém os seguintes direitos:

— *direito à informação (Recht auf Information)*, que obriga o órgão julgador a informar à parte contrária os atos praticados no processo e sobre os elementos dele constantes;

— *direito de manifestação (Recht auf Äusserung)*, que assegura ao defendente a possibilidade de manifestar-se oralmente ou por escrito sobre os elementos fáticos e jurídicos constantes do processo;

— *direito de ver seus argumentos considerados (Recht auf Berücksichtigung)*, que exige do julgador a capacidade de apreensão e isenção de ânimo (*Aufnahmefähigkeit und Aufnahmebereitschaft*) para contemplar as razões apresentadas.

Sobre o direito de ver os seus argumentos contemplados pelo órgão julgador, que corresponde, obviamente, ao dever do juiz de a eles conferir atenção, pode-se afirmar que envolve não só o dever de tomar conhecimento, como também o de considerar, séria e detidamente, as razões apresentadas.

É da obrigação de considerar as razões apresentadas que também deriva o dever de fundamentar as decisões (art. 93, IX, da CF/88). (Cf. Curso de direito constitucional. 4ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 942).

Por conseguinte, a considerar que o Julgador, *in casu*, valorou específico documento carreado aos autos posteriormente pela recorrida, para o fim de condenar a apelante (prejuízo), sem lhe propiciar, no entanto, manifestar-se previamente à sentença sobre o teor dessa prova documental (defesa), tenho por violado o princípio do contraditório e da ampla defesa, assente no inc. LV do art. 5º da Constituição da República, bem como no art. 398 do Código de Processo Civil, razão pela qual é de ser anulado o decisório de primeiro grau, com o propósito facultar à recorrente ser ouvida sobre o documento de fl. 59, empós o que proferida nova decisão.

É como voto.

Fortaleza, 17 de agosto de 2009.

APELAÇÃO CÍVEL DE FORTALEZA Nº 2002.0008.6459-2/1

APELANTE: JOSÉ FERREIRA DE OLIVEIRA

APELADA: COELCE – COMPANHIA ENERGÉTICA DO CEARÁ

RELATOR: DES. RÔMULO MOREIRA DE DEUS

EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL. CORTE INDEVIDO DE ENERGIA ELÉTRICA. DANO MORAL. QUANTIFICAÇÃO.

1. Na fixação do montante reparatório deve-se levar em conta as funções sancionadora, educativa e compensatória da reparação por danos morais. A primeira diz respeito a reprovabilidade do ato pela sociedade, a segunda tem o condão de impingir ao lesante o sentimento de que o dano que praticou não ficará impune, e a última tem o sentido de defesa do patrimônio moral da vítima e de punição do ofensor, que responderá através de seu patrimônio o dano causado. Observado que o valor não deve ser tão elevado, a ensejar o enriquecimento sem causa do ofendido, nem tão pequeno, a tornar a condenação irrelevante ao ofensor.

2. No caso, considerando-se a situação econômica das partes, bem como a extensão e a repercussão do dano moral causado, o valor de R\$ 1.500,00 não se afigura suficiente para amenizar o abalo sofrido, muito menos como punição, a fim de que a Agravada tenha mais cuidado ao proceder o corte de energia de seus consumidores, produto hoje em dia considerado essencial à vida humana

3. Apelação Cível provida para fixar a indenização por danos morais em R\$ 9.000,00.

ACORDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Desembargadores da Terceira Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, na conformidade da ata de julgamento, por deliberação unânime, em conhecer do apelo e dar-lhe provimento, nos termos do voto do Relator.

Fortaleza, 14 de setembro de 2009

RELATÓRIO

Cuida-se de Apelação Cível, oportunamente interposta por JOSÉ FERREIRA DE OLIVEIRA, adversando a sentença do Juiz Direito da 1ª Vara da Comarca de Cascavel (f. 68-70), que julgou procedente a ação de obrigação de fazer cumulada com reparação de danos morais que o Recorrente intentou contra a COELCE, confirmando a liminar anteriormente deferida, no sentido de que a Requerida procedesse o imediato religamento da energia elétrica da residência do Autor, e condenando a Promovida ao pagamento de R\$ 1.500,00, a título de indenização por danos morais.

A Empresa demandada não apelou da sentença.

O Requerente, entretanto, insatisfeito com o valor indenizatório estipulado pela sentença, recorreu da decisão, pugnando por sua majoração para valor compatível com o dano moral sofrido.

A Apelada apresentou contra-razões no sentido da manutenção do *quantum* fixado em 1º Grau.

VOTO

Como se vê, a matéria recursal restringe-se apenas à verificação da adequação ou não do valor fixado pelo Juízo *a quo* a título de danos morais.

No arbitramento do montante reparatório deve-se levar em conta as funções sancionadora, educativa e compensatória da reparação por danos morais. A primeira diz respeito a reprovabilidade do ato pela sociedade, a segunda tem o condão de impingir ao lesante o sentimento de que o dano que praticou não ficará impune, e a última tem o sentido de defesa do patrimônio moral da vítima e de punição do ofensor, que responderá através de seu patrimônio o dano causado.

Observado que, na fixação do dano moral, o valor não deve ser tão elevado, a ensejar o enriquecimento sem causa do ofendido, nem tão pequeno, a tornar a condenação irrelevante ao lesante.

No caso, temos como ofensora a COELCE, concessionária de energia elétrica no Estado do Ceará, cujo poderio econômico é patente, e, como lesado, o consumidor final, de modestas posses.

Assim, considerando-se a situação econômica das partes, bem como a extensão e a repercussão do dano moral causado, o valor de R\$ 1.500,00 não se mostra suficiente para amenizar o abalo sofrido pelo Apelante, muito menos serve como punição, a fim de que a Apelada tenha mais cuidado ao proceder o corte de energia de seus consumidores, produto hoje em dia considerado essencial à vida humana.

Em situação semelhante a dos autos, o Superior Tribunal de Justiça já entendeu que a quantia “arbitrada em R\$ 10.000,00 (dez mil reais), não se afigura exorbitante nem desproporcional aos danos sofridos pelo ora recorrido, não discrepando das circunstâncias do caso concreto, das condições econômicas das partes ou da finalidade da reparação”.(REsp 858.885/RJ, Rel. Ministro CASTRO MEIRA, SEGUNDA TURMA, julgado em 23/04/2009, DJe 08/05/2009).

A 4ª Câmara Cível deste Tribunal, em julgado da lavra da Des. Maria Celeste Thomaz de Aragão, em caso análogo, já fixou o ressarcimento dos danos morais em R\$ 10.000,00 (Apelação Cível 2002.0003.3675-8/0, DJ 02.05.2008)

Esta 3ª Câmara Cível, por seu turno, seguindo o voto condutor do douto Des. Antônio Abelardo Benevides Moraes, deu provimento a recurso no mesmo sentido do ora em análise, majorando a indenização por danos morais de R\$ 4.000,00 para R\$ 9.000,00 (Apelação Cível 2003.0001.4090-8/0, DJ 04.12.2006).

Do voto proferido na apelação supra extraio, como razão de decidir, o seguinte trecho:

“Logo, por considerar que o dano moral envolve sensação dolorosa à vítima, ressalto que longe de cobrir realmente o prejuízo moral sofrido, porquanto imensurável, e em contrapartida, evitando enriquecimento sem causa, entendo insuficiente a condenação fixada pelo magistrado *a quo*, no valor de R\$ 4.000,00, a ser pago pela COELCE à promotente, considerando especialmente a repercussão do fato e as condições financeiras da empresa promovida. Condenar em R\$ 4.000,00 empresa do porte da COELCE, *data vênia*, importa em não aplicar sanção alguma. Tenho que o valor de nove mil reais (R\$ 9.000,00) melhor atende essas circunstâncias, sem se olvidar que a referenciada concessionária de serviço público infringiu o disposto no art. 22 do CDC, além de não demonstrar que, de qualquer modo, visou minorar a aflição da consumidora.”

Sendo assim, conheço da apelação, por oportuna, e lhe dou provimento, para fixar a indenização por danos morais em R\$ 9.000,00.

Fortaleza, 14 de setembro de 2009

PROCESSO Nº 2003.0006.5464-2/0.

REEXAME NECESSÁRIO: JUIZ DE DIREITO DA 4ª VARA DA FAZENDA PÚBLICA DA COMARCA DE FORTALEZA/CE.

APELAÇÃO CÍVEL.

APELANTE: ESTADO DO CEARÁ.

APELADA: MARIA DA CONCEIÇÃO TEIXEIRA DOS SANTOS.

RELATOR: DESEMBARGADOR FERNANDO LUIZ XIMENES ROCHA.

EMENTA: CONSTITUCIONAL E CIVIL. MORTE DE DETENTO POR COMPANHHEIROS DE CELA. RESPONSABILIDADE OBJETIVA DO ESTADO. AUSÊNCIA DE CULPA DOS AGENTES PÚBLICOS. IRRELEVÂNCIA. DANOS MATERIAIS. PENSIONAMENTO MENSAL A TÍTULO DE ALIMENTOS. PARCELA ÚNICA. IMPOSSIBILIDADE. DANOS MORAIS CONSTATADOS. INDENIZAÇÃO REDUZIDA. CORREÇÃO MONETÁRIA E JUROS MORATÓRIOS. ESCLARECIMENTOS OPORTUNOS. REMESSA NECESSÁRIA E RECURSO APELATÓRIO CONHECIDOS E PARCIALMENTE PROVIDOS.

1. Havendo a morte de detento por colegas de carceragem, ainda que inexista culpa dos agentes públicos incide a responsabilidade objetiva do Estado, por estar configurado o nexo de causalidade em função do dever constitucional de guarda do preso (art. 5º, XLX, CF).

2. Em se tratando de responsabilidade civil decorrente de morte, a indenização dos danos materiais sob o regime de pensão mensal não pode ser substituída pelo pagamento, de uma só vez, de quantia estipulada pelo juiz.

3. Sendo a família do *de cuius* de baixa renda e não comprovada nos autos a renda deste, a pensão alimentícia há de ser fixada com base no salário mínimo vigente, descontada a fração de 1/3 (um terço), correspondente aos gastos que a vítima teria consigo mesma.

4. Indenização por danos morais excessiva, devendo o *quantum* ser adequado aos parâmetros traçados pelo Superior Tribunal de Justiça.

5. Os juros de mora devem incidir desde o evento danoso, na forma prevista pelo artigo 1.062 do Código Civil de 1916 até o início da vigência do Código Civil de 2002, quando então passa a incidir o índice estabelecido pelo artigo 406 do novo diploma, o qual, de acordo com precedente da Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça, corresponde à Taxa SELIC.

6. A correção monetária também incide a partir do evento danoso (efetivo prejuízo), devendo ser alcançada mediante a aplicação de índice que reflita a variação de preços ao consumidor.

7. A incidência da taxa SELIC a título de juros moratórios, a partir da entrada em vigor do atual Código Civil, em janeiro de 2003, exclui a incidência cumulativa de correção monetária, sob pena de *bis in idem*.

8. Remessa necessária e recurso apelatório conhecidos e parcialmente providos.

ACÓRDÃO

Acordam os integrantes da 1ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, por uma de suas Turmas, unanimemente, em conhecer da remessa necessária e do recurso apelatório, para dar-lhes parcial provimento, de conformidade com o voto do Relator.

Fortaleza, 21 de setembro de 2009.

RELATÓRIO

Tratam-se de reexame necessário e apelação cível interposta pelo Estado do Ceará, em face de sentença proferida pelo Juízo da 4ª Vara da Fazenda Pública da Comarca de Fortaleza/CE, nos autos da Ação Indenizatória nº 1999.02.07297-6, movida por Maria da Conceição Teixeira dos Santos.

Na inicial, alegou a promovente/apelada, em síntese, que o seu marido foi recolhido à Delegacia situada no Município de General Sampaio/CE em 18.01.1998, vindo a óbito no mesmo dia em razão de ação criminosa praticada por companheiro de cela.

Nessa conjuntura, requereu, com fundamento na responsabilidade civil objetiva do Estado do Ceará, indenização por danos morais e materiais no valor de R\$ 600.000,00 (seiscentos mil reais).

Em contestação, arguiu o réu ausência de responsabilidade pelo dano verificado, já que inexistira ato comissivo ou omissivo de sua parte, a ensejar excludente de nexo de causalidade, considerando a culpa exclusiva de terceiro para o evento danoso.

Sentença proferida às fls. 102-8, na qual o Magistrado *a quo* julgou parcialmente procedente a ação, condenando o ente público a indenizar a autora em R\$ 360.000,00 (trezentos e sessenta mil reais), a título de indenização por danos morais e materiais.

Insurgindo-se contra o decisório supra, reitera o apelante os argumentos formulados na contestação (fls. 111-120). Alternativamente, pleiteia a redução do *quantum* arbitrado em 1ª Instância, porquanto não comprovada a renda da vítima.

Contrarrazões apresentadas às fls. 122-5, pugnando pela manutenção da sentença atacada.

Parecer da Procuradoria Geral de Justiça às fls. 136-143, opinando pelo parcial provimento do recurso, a fim de ser reduzida a indenização para 400 (quatrocentos) salários mínimos.

É o relatório.

Ao e. Revisor.

Fortaleza, 27 de agosto de 2009.

VOTO

Presentes os requisitos intrínsecos e extrínsecos de admissibilidade, conheço do apelo.

Percuciente foi o parecer lançado pela ilustrada Procuradora de Justiça, Dra. Osemilda Maria Fernandes de Oliveira, o qual trouxe, tocante a existência de responsabilidade civil objetiva do Estado do Ceará, fundamentação suficiente para o deslinde do recurso, veja-se:

“A questão jurídica debatida nas razões recursais versa sobre a responsabilidade civil do Estado pelo assassinato de preso por outro detento em Delegacia Pública.

Sob o aspecto formal, o feito em comento encontra-se em ordem, não eivado de quaisquer vícios que possam importar-lhe nulidade, tendo sido preenchidas todas as condições da ação, os pressupostos de existência e constituição válida da relação processual e os requisitos de admissibilidade do recurso interposto.

Adentrando o *meritum causae*, laborou em parcial acerto a compreensão explicitada pelo juízo singular, assistindo razão ao recorrente apenas os argumentos subsistentes contra o excessivo valor da condenação.

In casu, o arcabouço fático-processual demonstra que o cônjuge da autora foi cruelmente assassinado por outro preso nas dependências da Delegacia de General Sampaio, fato este devidamente apurado em inquérito policial acostado aos autos.

Embora concordasse com a existência dos fatos descritos, argumentou o Estado não ter ocorrido ação ou omissão de sua parte, de modo que lhe pudesse ser imputado o nexos causal pela ocorrência do assassinato, assim também alegou não ter agido com culpa.

Veja-se que tal tese não merece prosperar, porquanto, em sede de responsabilidade civil do Estado, incide o art. 37, § 6º, da Constituição Federal, *ad litteram*:

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.

Interpretando o dispositivo constitucional em consonância com a evolução histórica do instituto, é possível chegar à clara conclusão de que a responsabilidade civil do Estado, assentada no risco administrativo, é de natureza objetiva, ou seja, sem averiguação de culpa, ocorrendo mediante a simples comprovação do dano e da ação administrativa, desde que presente o nexos causal.

No seio da Doutrina e Jurisprudência, todavia, surgiram dúvidas em relação aos chamados atos omissivos do Poder Público, em que muito se questionou se a responsabilidade civil seria igualmente de natureza objetiva, tal como nos atos comissivos, ou se aplicaria a teoria subjetiva, com raízes na doutrina francesa.

Nesse cenário, parece ainda não existir precisão sobre a natureza da responsabilidade civil da Administração Pública por ato omissivo, porém já há situações bem definidas sobre a problemática, seja por ação ou omissão do Poder Público, que merecem ser trazidas ao caso em foco, conforme se tem posicionado o Egrégio Supremo

Tribunal Federal, ao reconhecer a responsabilidade objetiva do Estado pelo assassinato de preso por outro detento em cadeia pública, senão vejamos:

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO.

RESPONSABILIDADE OBJETIVA DO ESTADO. MORTE DE DETENTO POR OUTRO PRESO. 1. Detento assassinado por outro preso. Responsabilidade objetiva do Estado de reparar o dano. 2. Agravo regimental a que se nega provimento. (Agr.Reg.-RE nº 466.322-8; Relator Min. Eros Grau; Julgado em 13.03.07).

RECURSO EXTRAORDINÁRIO. 2. MORTE DE DETENTO POR COLEGAS DE CARCERAGEM. INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS E MATERIAIS. 3. DETENTO SOB A CUSTÓDIA DO ESTADO. RESPONSABILIDADE OBJETIVA. 4. TEORIA DO RISCO ADMINISTRATIVO. CONFIGURAÇÃO DO NEXO DE CAUSALIDADE EM FUNÇÃO DO DEVER CONSTITUCIONAL DE GUARDA (ART. 5º, XLIX). RESPONSABILIDADE DE REPARAR O DANO QUE PREVALECE AINDA QUE DEMONSTRADA A AUSÊNCIA DE CULPA DOS AGENTES PÚBLICOS. 5. RECURSO EXTRAORDINÁRIO A QUE SE NEGA PROVIMENTO. (RE nº 272.839; Relator Min. Gilmar Mendes; DJ de 08.04.05).

No julgamento do citado Recurso Extraordinário nº 272.839, tratou o tema à exaustão o eminente Min. Gilmar Mendes, em percuente voto cujo excerto impõe ser aqui registrado:

A partir dos precedentes desta Corte, portanto, observa-se que uma das hipóteses do reconhecimento da responsabilidade do Estado consubstancia-se no dever de vigilância que lhe é atribuído. Assim, apesar do fundamento que considera a configuração de uma espécie de culpa genérica da Administração (*faute du service*), destaco o argumento jurídico de que, no caso concreto sob análise, a responsabilidade advinda do dever de vigilância ou guarda pode ser objetivamente imputada ao aparato estatal.

Na espécie, o detento estava em cumprimento de pena privativa de liberdade, portanto sob a custódia do Estado.

Trata-se, portanto, da hipótese em que o nexo de causalidade que imputa a responsabilidade do Poder Público advém do dever constitucional de guarda, consagrado no art. 5º, XLIX ('é assegurado aos presos o respeito à integridade física e moral').

Neste caso, ainda que demonstrada a ausência de culpa dos agentes públicos, prevalece a responsabilidade do Estado pela reparação do

dano.

Retornando à lide em comento, restou devidamente comprovado que o preso veio a sofrer ação criminosa nas dependências de Delegacia mantida pelo Estado do Ceará, o que significa não ter cumprido o Poder Público com o seu dever de vigilância e guarda. A situação se agrava, ainda, por haver nos autos notícias de que a vítima, recolhida por embriaguez, fora posta no convívio próximo de preso perigoso o bastante para lhe ceifar a vida de forma hedionda, razão pela qual, seja na forma culposa ou não, encontra-se plenamente caracterizada a responsabilidade civil do Estado” (fls. 138-142).

Sendo incontestado, por conseguinte, a responsabilidade do ente federativo pela ocorrência do evento danoso, discorro, agora, sobre o pleito de redução do *quantum* indenizatório.

Sobre o valor requestado na ação, sabe-se que, na atividade de recomposição dos danos, o juiz deve ter elementos hábeis para obter o valor real dos prejuízos causados, considerando a repercussão financeira e o abalo moral que o evento morte gerou em relação aos familiares do *de cujus*.

Cabe ao magistrado efetuar a apreciação equitativa do importe, utilizando-se de parâmetros razoáveis, aptos a evitar o enriquecimento ilícito da parte beneficiária.

Na hipótese em tablado, ao condenar o Estado do Ceará no valor R\$ 180.000,00 (cento e oitenta mil reais), a título de danos morais e R\$ 180.000,00 (cento e oitenta mil reais), a título de danos materiais, não laborou com a melhor prudência o Juízo *a quo*.

Inicialmente, em se tratando de responsabilidade civil decorrente de morte, a indenização pelos danos materiais, sob o regime de pensão mensal a título de alimentos, não pode ser substituída pelo pagamento de parcela única, consoante entendimento predominante do Superior Tribunal de Justiça. Nesse sentido, *in verbis*:

Em se tratando de responsabilidade civil decorrente de morte, a indenização dos danos materiais sob o regime de pensão mensal não pode ser substituída pelo pagamento, de uma só vez, de quantia estipulada pelo juiz. (STJ, REsp. N° 1045775, Min. Massami Uyeda, *DJe* 04.08.2009);

RESPONSABILIDADE CIVIL. Dano pessoal. Atropelamento. Pensão mensal. (...) I. A pensão mensal devida pela incapacidade parcial e permanente para o trabalho deve ser paga parceladamente, pois se trata de obrigação duradoura, com prestação diferida, e não imposta para ser paga de uma só vez, no valor certo já determinado.

Para a garantia do cumprimento dessa obrigação, a empresa devedora constituirá capital. (STJ, REsp 347978/RJ, 4ª Turma, Min. Ruy Rosado de Aguiar, DJU 10.06.2002);

ATO ILÍCITO. RESPONSABILIDADE CIVIL. PENSÃO. I - A condenação ao pagamento de uma só vez da indenização resultante de responsabilidade civil por ato ilícito afronta o art. 1537 do Código Civil. II - Súmula n. 490 do Supremo Tribunal Federal. III - Recurso especial conhecido e provido, por unanimidade. (STJ, REsp 2.571/RN, 4ª Turma, Min. Fontes de Alencar, DJU 06.08.1990)

Desta forma, faz-se necessária a substituição da importância concedida à apelada, a título de indenização por danos materiais, para que o *quantum* seja concedido em parcelas mensais, sob a forma de verba alimentar.

Considerando que a família da vítima era de baixa renda, e por não estar comprovada a remuneração que percebia o *de cujus*, deve a pensão ser fixada com base no salário mínimo.

Todavia, deste valor deve ser descontada a quantia que o falecido despenderia consigo mesmo, se vivo fosse.

Portanto, afigura-se razoável a concessão da verba alimentícia em 2/3 (dois terços) do salário mínimo em vigor - a contar da data do óbito até a data em que a vítima completaria 65 (sessenta e cinco) anos de idade - mormente porque o marido desempenhava o papel de arrimo de família.

No que tange ao pleito de redução dos danos morais, a valoração da compensação deve ser apurada em consonância com o princípio da razoabilidade e observadas a gravidade e a repercussão do dano, bem como a intensidade e os efeitos do sofrimento. A finalidade compensatória, por sua vez, deve ter caráter didático-pedagógico, evitado o valor excessivo ou ínfimo, objetivando, sempre, o desestímulo à conduta lesiva.

Assim, a reparação pecuniária tem, no dano moral, uma função satisfatória ou compensatória e, concomitantemente, sancionatória, visto ser encargo suportado por quem causou o dano moral.

De outra forma: no caso em tela, incontroversos os transtornos e aborrecimentos causados à autora em razão da perda do cônjuge, o que enseja a reparação por dano moral, que deve ser fixada de forma razoável.

Na decisão impugnada, foi arbitrado o valor de R\$ 180.000,00 (cento e oitenta mil reais), equivalentes a 900 (novecentos) salários mínimos à época da sentença. Ora, o valor fixado na indenização por danos morais não deve ser tão expressivo, sob pena de representar enriquecimento sem causa para a indenizada.

Em casos semelhantes, tratando-se de falecimento de ente familiar, o Superior Tribunal de Justiça vem fixando indenização por danos morais entre

200 (duzentos) a 500 (quinhentos) salários mínimos.

Nesse sentido, confirmam-se os seguintes precedentes:

(a) 300 salários mínimos por morte de estudante causada por disparo de arma de fogo no interior de escola mantida pelo Poder Público (REsp 860.705/DF, Rel. Ministra Eliana Calmon, julgado em 24.10.2006, DJ de 16.11.2006);

(b) 300 salários mínimos por morte de filho em decorrência de queda de trilho de ferro sobre sua cabeça durante excursão em Academia de Polícia (REsp 427.569/SP, Rel. Ministro João Otávio de Noronha, julgado em 04.05.2006, DJ de 02.08.2006);

(c) 300 salários mínimos por morte de ente querido (preso político) (Resp 658.547/CE, Rel. Ministra Eliana Calmon, julgado em 14.12.2004, DJ de 18.04.2005);

(d) 300 salários mínimos por morte de filho doente mental ocorrido em hospital psiquiátrico (REsp 602.102/RS, Rel. Ministra Eliana Calmon, julgado em 06.04.2004, DJ de 21.02.2005);

(e) 300 salários mínimos por morte de pai em razão de má conservação de rodovia (REsp 443.422/RS, Rel. Ministro Franciulli Netto, julgado em 21.08.2003, DJ de 03.11.2003 e também no REsp 549.812/CE, Rel. Ministro Franciulli Netto, julgado em 06.05.2004, DJ de 31.05.2004);

(f) 300 salários mínimos por morte de menor custodiada pela Febem (Resp 466.291/SP, Rel. Ministra Eliana Calmon, julgado em 07.10.2003, DJ de 03.11.2003);

(g) 200 salários mínimos por morte de esposa e mãe dos autores, baleada dentro da própria casa, em razão de embate entre polícia e traficantes (REsp 737.797/RJ, Rel. Ministro Luiz Fux, julgado em 03.08.2006, DJ de 28.08.2006);

(h) 300 salários mínimos por morte de menor por infecção generalizada, por erro médico (REsp 674.586/SC, Rel. Ministro Luiz Fux, julgado em 06.04.2006, DJ de 02.05.2006);

(i) indenização em R\$ 240.000,00 (duzentos e quarenta mil reais) devida às 3 (três) filhas de servidora federal falecida por intoxicação por agrotóxicos (REsp 742.175/GO, Rel. Ministro Luiz Fux, julgado em 18.10.2005, DJ de 06.02.2006);

(j) 300 salários mínimos para cada autor decorrente de morte da mãe dos promoventes em acidente de trânsito (REsp 579.529/DF, Rel. Ministro Castro Filho, Terceira Turma, julgado em 29.11.2006, DJ

de 18.12.2006);

k) 300 salários mínimos por morte de pai em assalto dentro de estacionamento de hipermercado (REsp 530.618/MG, Rel. Ministro Aldir Passarinho Júnior, Quarta Turma, julgado em 19.08.2004, DJ de 07.03.2005);

l) 500 salários mínimos em razão de morte do filho da autora, ocorrido no porto em que trabalhava (REsp 714.869/SP, Rel. Ministro César Asfor Rocha, Quarta Turma, julgado em 05.09.2006, DJ de 06.11.2006).

Nesse diapasão, tendo em vista a jurisprudência colacionada a respeito do tema e as circunstâncias da causa, concluo que a indenização deve ser reduzida de R\$ 180.000,00 (cento e oitenta mil reais) para R\$ 40.000,00 (quarenta mil reais) – correspondentes a 357 (trezentos e cinquenta e sete salários mínimos na data do fato), quantia que cumpre, com razoabilidade, a sua dupla finalidade, isto é, a de punir pelo ato ilícito cometido, com o fito de evitar futuras reiterações e, de outro lado, a de reparar a vítima pelo sofrimento moral experimentado.

Em face do exposto, conheço da remessa necessária e do recurso apelatório, dando-lhes parcial provimento, para reduzir a indenização por danos morais para R\$ 40.000,00 (quarenta mil reais), e fixar a reparação por danos materiais em pensão mensal concedida à apelada no valor de $\frac{2}{3}$ (dois terços) do salário mínimo, desde a data do óbito, até o momento em que o *de cujus* completaria 65 (sessenta e cinco) anos de idade.

Os juros de mora deverão incidir desde o evento danoso, na forma prevista pelo artigo 1.062 do Código Civil de 1916, ou seja, 0,5% (meio por cento) ao mês, até o início da vigência da Código Civil de 2002 (10 de janeiro de 2003), quando então passará a incidir o índice estabelecido pelo artigo 406 do novo diploma, o qual, de acordo com precedentes da Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça, corresponde à Taxa SELIC.

Em relação aos danos materiais, a correção monetária também incidirá a partir do evento danoso (efetivo prejuízo), devendo ser alcançada mediante a aplicação de índice que reflita a variação de preços ao consumidor. Contudo, a incidência da Taxa SELIC a título de juros moratórios, a partir da entrada em vigor do atual Código Civil, em janeiro de 2003, exclui a incidência cumulativa de correção monetária, sob pena de *bis in idem*.

Por outro lado, quanto aos danos morais, como a correção monetária é devida a partir do seu arbitramento, como estes o foram sob égide do CC/2002, deixo de determiná-la.

Honorários mantidos em 10% (dez por cento) sobre o valor da condenação, não se aplicando a sucumbência recíproca, nos termos da Súmula nº 326 do Superior Tribunal de Justiça.

É como voto.

PROCESSO Nº 24885-37.2003.8.06.0000/0 (2003.0006.5488-0/0).

APELAÇÃO CÍVEL.

APELANTE: JOSÉ FÉLIX DE MOURA.

APELADA: EMPRESA MARAPONGA TRANSPORTES LTDA.

RELATOR: DES. FERNANDO LUIZ XIMENES ROCHA.

EMENTA: APELAÇÃO E AGRAVO RETIDO. AGUARDO DE DECISÃO NO JUÍZO CRIMINAL. MERA INSCRIÇÃO NA CAPA DOS AUTOS. INEXISTÊNCIA DE INTERLOCUTÓRIA. INCABÍVEL A IRRESIGNAÇÃO. PROCESSO SENTENCIADO. AGRAVO NÃO CONHECIDO. RESPONSABILIDADE CIVIL OBJETIVA. ACIDENTE DE TRÂNSITO. AÇÃO DE REPARAÇÃO DE DANOS. ATROPELAMENTO E MORTE DE PEDESTRE POR ÔNIBUS DE EMPRESA DE TRANSPORTE COLETIVO EM VIA PÚBLICA. OBRIGAÇÃO DE INDENIZAR. DANO PATRIMONIAL NÃO DEMONSTRADO. AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DA DEPENDÊNCIA ECONÔMICA DO AUTOR. PENSIONAMENTO INDEVIDO. DANO MORAL INDEPENDENTE DE PROVA. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.

1. Incabível é o agravo retido oposto de simples inscrição na capa do processo, em que se lê “aguardar dec no juízo criminal”, a qual não tem sequer natureza de decisão judicial, tampouco feito de interlocutória.

2. As pessoas jurídicas de direito privado prestadoras de serviço público de transporte respondem objetivamente pelos danos que seus agentes causarem a terceiros, de acordo com o art. 37, § 6º da Constituição da República. Configurados os elementos caracterizadores da responsabilidade civil, dispensada, no caso, a aferição da culpa e não comprovada nos autos a excludente de culpa exclusiva da vítima, impõe-se o dever de indenizar.

3. Impossível a condenação da promovida em danos

materiais se o demandante, genitor da vítima, falecida em virtude de atropelamento por ônibus, não comprovou ser economicamente dependente do autor.

4. Aos ascendentes, descendentes e cônjuge do falecido é possível aventar a existência de uma afeição presumida, o que justifica a concessão de indenização independentemente de prévia e minuciosa descrição dos danos morais decorrentes da morte.

5. Recurso conhecido e parcialmente provido.

ACÓRDÃO

Acordam os integrantes da Primeira Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, por julgamento de Turma, unanimemente, em conhecer e dar parcial provimento ao recurso, de conformidade com o voto do Relator.

Fortaleza, 11 de janeiro de 2010.

RELATÓRIO

Cuida-se de apelação interposta por José Félix de Moura, em face de sentença (fls. 148-153) proferida pelo Juízo da 27ª Vara Cível desta Comarca, em sede de ação de reparação de danos (em virtude de acidente de trânsito com vítima fatal) aforada contra Empresa Maraponga Transportes Ltda., a qual julgou improcedente o pedido autoral, em face da ausência de prova nos autos da culpa do guiador do ônibus.

Em razões recursais (fls. 157-159), argumenta o suplicante a contrariedade do decisório à prova dos autos e à lei, “especialmente a do trânsito”. Pugna, igualmente, pelo conhecimento do agravo retido de fls. 142-143, tendo em vista a inscrição, na capa do caderno processual cuja cópia resta à fl. 144, em que se lê “aguardar dec no juízo criminal”.

Contrarrazões às fls. 165-173.

É o relatório.

VOTO

Presentes os requisitos de admissibilidade, conheço do apelo.

Inconformado com o decisório singular de improcedência do pedido,

assevera o recorrente a contrariedade da sentença à prova dos autos, as quais bem explicitariam a existência de responsabilidade da recorrida no atropelamento do ciclista por coletivo pertencente àquela.

Impende, antes de adentrar à solução de mérito do presente recurso, examinar as propugnadas razões do agravo retido às fls. 142-143, no qual se insurgiu o apelante quanto ao que reputa ser uma decisão interlocutória, é dizer, da inscrição, na capa dos autos, da seguinte expressão “aguardar dec no juízo criminal”.

Saliente-se que o recurso de agravo somente é admissível, consoante dicção do art. 522 do CPC, em face de decisões interlocutórias. Com efeito, a cópia da capa do processo, coligida à fl. 144, na qual se lê “aguardar dec no juízo criminal” não constitui espécie qualquer de decisório judicial legítimo de ser adversado mediante agravo. Incabível a insurreição.

Inexistindo, pois, decisão interlocutória a apreciar, revela-se impossível o manejo do presente agravo, motivo pelo qual deixo de conhecê-lo.

Passo a examinar no mérito o inconformismo.

In casu, a aferição da responsabilidade civil dá-se objetivamente, isto é, independentemente da existência de culpa, mas desde que comprovados o ato ilícito, o dano injusto e o nexo de causalidade.

No correr da instrução processual, foram oitivas as testemunhas Edvilson Franklin Mesquita (fls. 104-105), Robério de Souza Queiroz (fls. 106-108), Maria Gislene Gama de Castro (fls. 124-125), Luiza da Costa Negreiros de Freitas (fls. 126-127), além do motorista do coletivo, Manoel Luciano Silva (fls. 102-103).

A colheita da prova oral revela que:

[...] **ao fazer a curva o veículo e vítima se chocaram à altura do pneu traseiro, próximo à porta de entrada dos passageiros**; que o corpo da vítima no momento em que o depoente desceu para socorrê-la se encontrava do meio fio para o centro da pista, a uma distância de um metro ou um metro e pouco; [...] (Manoel Luciano Silva, fls. 102-103).

[...] que o depoente diz que **a vítima jogou-se contra o veículo**, e porque o mesmo tinha uma deficiência física já que andava com a ajuda de uma bengala e, **pelo odor do seu hálito, constatava-se que o mesmo havia ingerido bebidas alcoólicas**; [...] que a velocidade do veículo no momento do acidente era bem reduzida, vez que tratava-se de uma curva; [...] que o depoente esclarece que **acha que a vítima tenha se jogado contra o veículo em razão da sua deficiência física e denotar estado de embriaguez**; que o fato ocorreu num dia de domingo; que o tráfego tinha pouco

movimento e era boa a visibilidade; [...] (testemunha Robério de Souza Queiroz, fls. 106-108).

[...] que a depoente **ao passar próximo ao local foi advertida pelo barulho do choque do veículo com a vítima**; que o fato ocorreu na av. Duque de Caxias e naquele momento o ônibus fazia o tráfego Visconde do Rio Branco de entrada para a Duque de Caxias; que o fato se deu a mais ou menos oito metros da Av. Visconde do Rio Branco, após o sinal da referida avenida e a vítima se encontrava no centro da pista; que a depoente não viu qualquer marca na lataria do ônibus; que a vítima se encontrava na traseira do veículo; que **a vítima se encontrava na traseira do ônibus a mais ou menos 02 metros**; [...] que o fato ocorreu no período da manhã por volta de 10:00 ou 10:30 horas; que **o tráfego se encontrava tranquilo e que a vítima foi socorrida pelo próprio condutor do veículo**; que no momento as pessoas estavam no local pronunciavam palavras de leva, leva para que o motorista socorresse a vítima; [...] que **no momento do fato a visibilidade era boa pois não estava chovendo**; [...] **que o trânsito estava tranquilo** em razão de caminhar da Igreja Coração de Jesus em direção ao Hospital Luiz de França; [...] **que o corpo da vítima não se encontrava sobre a faixa de pedestre**. [...] (testemunha Maria Gislene Gama de Castro, fls. 124-125).

[...] que **o trânsito na ocasião do fato estava tranquilo**; que **no dia do fato a visibilidade era boa**, pois estava ensolarado; que **motorista e trocador socorreram a vítima**; que o ônibus se encontrava vazio, possuindo em seu interior 4 ou 5 pessoas. [...] que **o corpo da vítima se encontrava fora da faixa de pedestres**; que o fato não se deu num cruzamento de ruas, e sim mais ou menos no meio do quarteirão; [...] (testemunha Luiza da Costa Negreiros de Freitas, fls. 126-127).

As testemunhas não são uníssonas quanto ao local da colisão (se numa “curva” ou “no meio do quarteirão”), e conquanto afirmem estar o trânsito “tranquilo”, ser “boa” a visibilidade e não estar o corpo do ofendido “sobre faixa de pedestres”, além de confirmarem o socorro prestado pelo motorista e cobrador à vítima, nenhuma delas presenciou de fato o exato momento do evento danoso, havendo apenas ocorrido ao local instantes depois do sinistro, à exceção do guiador do veículo, segundo o qual: **“ao fazer a curva o veículo e vítima se chocaram à altura do pneu traseiro, próximo à porta de entrada dos passageiros”**.

Os documentos de fls. 14 e 15 (*auto de exame de corpo de delito (cadavérico)* e *guia policial de exame cadavérico do Instituto Médico Legal*) dão conta de que a vítima, filho do autor-apelante, “FOI ATROPELADO” e teve como *causa mortis* “traumatismo fechado de tórax e abdome”.

O exame necrológico não explicitou indícios de embriaguez, tampouco aludiu qualquer deficiência ou aleijão no corpo do *de cuius*, a infirmar os testemunhos nestes aspectos.

Não consta dos autos ter sido procedida perícia criminal no local do acidente.

Inexistem relatos no processo de que o veículo causador do acidente haja ou não sinalizado antes de convergir em manobra à direita.

A presente demanda resolve-se, pois, ante a constatação de haver responsabilidade objetiva do recorrido ante o acidente descrito, a qual pode ser afastada mediante prova de que tenha ocorrido *caso fortuito*, *força maior* ou *culpa exclusiva da vítima*.

As hipóteses de caso fortuito e força maior não encontram amparo nestes fólios (atropelamento e abalroamento não podem ser considerados acontecimentos súbitos e imprevisíveis, por não serem alheios à atividade de trânsito). Resta perquirir, para o fim de afastar a incidência da responsabilidade objetiva, se o sinistro em questão deu-se por culpa exclusiva da vítima, porquanto incontroversos (I) o fato, (II) o dano e (III) o nexo de causalidade.

Desse ônus a empresa apelada não se incumbiu.

Os depoimentos das testemunhas não são conclusivos a apontar a culpa exclusiva do falecido no evento morte, antes relatam “barulho de choque do veículo com a vítima”, vindo esta a falecer em decorrência de atropelamento.

Sobre o assunto, o Supremo Tribunal Federal, modificando seu entendimento anterior, ao apreciar o RE 591.874/MS, da relatoria do Min. Ricardo Lewandowski, em caso de acidente de trânsito entre ciclista (vítima fatal) e veículo de concessionária de serviço público de transporte coletivo, entendeu que, ausente prova de *culpa exclusiva da vítima* ou *força maior*, e comprovado o nexo de causalidade entre o “ato administrativo” e o dano causado ao *terceiro não-usuário do serviço público*, tal condição é suficiente para estabelecer a *responsabilidade objetiva da pessoa jurídica de direito privado*, nos termos do art. 37, § 6º, da CF: “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”.

No *leading case*, entendeu o STF não se poder interpretar restritivamente o alcance do art. 37, § 6º, da Constituição da República, sobretudo porque a Constituição, “interpretada à luz do princípio da isonomia, não permite que se faça qualquer distinção entre os chamados ‘terceiros’, ou seja, entre *usuários* e *não-usuários* do serviço público, haja vista que todos eles, de igual modo, podem sofrer dano em razão da ação administrativa do Estado, seja ela realizada diretamente, seja por meio de pessoa jurídica de direito privado”.

A Suprema Corte observou, ainda, que não apenas os terceiros usuários do serviço gozariam de proteção constitucional decorrente da responsabilidade objetiva do Estado, por terem o direito subjetivo de receber um serviço adequado, e que tal compreensão “contrapor-se-ia à própria natureza do serviço público, que, por definição, tem caráter geral, estendendo-se, indistintamente, a todos os cidadãos, beneficiários diretos ou indiretos da ação estatal” (*vide* Informativo do STF nº 557, de setembro de 2009, disponível em: www.stf.jus.br).

Dúvidas não restam quanto à responsabilidade civil imputável objetivamente à recorrida.

Porém, no que concerne aos danos patrimoniais, os fólios não exibem prova de que o pai da vítima fosse dela economicamente dependente, nem que convivessem ou coabitassem, ou de que o falecido exercesse atividade laboral regular, figurando nos autos, quanto ao assunto, unicamente as palavras da testemunha: “[...] que a vítima tinha uma banca de frutas e fazia mandados para outras pessoas que frequentavam a Igreja [...]” (fl. 125). Registra a *guia policial de exame cadavérico* (fl. 15) ter o acidentado a profissão de “agricultor”.

Carecem os fólios, ainda, de informação precisa do valor correspondente à remuneração percebida pelo *de cuius* (a inicial menciona R\$ 156,00 — cento e cinquenta e seis reais — valor do salário mínimo à época). Míngua no caderno processual dado concreto sobre a existência de esposa ou filhos da vítima.

Com efeito, o apelante não logrou evidenciar depender de qualquer ajuda financeira do falecido ou ser por ele auxiliado materialmente ou ter sido prejudicado ante a falta de recursos angariados em face das atividades (não comprovadas) desenvolvidas pelo filho.

Por conseguinte, não pode o promovente-apelante dizer-se merecedor de pensionamento, porque diretamente prejudicado com a morte do vitimado, se não explicitou uma perda de renda ou mesmo que era efetiva e diretamente beneficiado com recursos auferidos pelo extinto. Não há como amparar a pretensão de ressarcimento por dano material, simplesmente, pela ausência de demonstração de um prejuízo real, concreto.

Melhor sorte entremostra-se ao recorrente no que respeita, pois, ao pleito indenizatório extrapatrimonial. A dor advinda da perda, a afeição inata entre pai e filho, fazem presumir o dano, a justificar a concessão de indenização independentemente de prévia e minudente descrição do prejuízo moral advindo do evento morte.

Nessa esteira, pacífica é a jurisprudência do Superior Tribunal, *ipsis verbis*:

CIVIL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO. ATROPELAMENTO. VÍTIMA FATAL. RESPONSABILIDADE EXTRA-CONTRATUAL. DANO MORAL DEVIDO AOS FILHOS DO *DE CUJUS*. JUROS DE MORA. SÚMULA N. 54-STJ.

I. **Injustificável o não reconhecimento, aos filhos do *de cujus*, do direito à indenização por dano moral, eis que patente a dor e sofrimento por eles padecidos em face da morte de seu genitor, vítima de atropelamento por ônibus da empresa transportadora ré.**

II. “Os juros moratórios fluem a partir do evento danoso, em caso de responsabilidade extracontratual” (Súmula n. 54 – STJ).

III. Recurso especial conhecido e provido. (STJ, REsp 256327/PR, Rel. Min. Aldir Passarinho Junior, 4ª T., j. em 21.06.2001, *DJ* 04.03.2002, p. 260).

No que pertine ao *quantum debeat* em virtude de acidente de trânsito, o STJ já se pronunciou sobre o tema, no seguintes termos do voto do Relator, Min. Sidnei Beneti, *in verbis*:

11. **Quanto aos valores da indenização por dano moral**, leva a mais ponderações à luz dos precedentes desta Corte.

Lembre-se que a indenização tem por objetivo compensar a dor causada à vítima e desestimular o ofensor de cometer atos da mesma natureza. Não é razoável o arbitramento que importe em uma indenização irrisória, de pouco significado para o ofendido, nem uma indenização excessiva, de gravame demasiado ao ofensor. Por esse motivo, a jurisprudência deste Superior Tribunal orienta que o valor da indenização por dano moral não escapa ao seu controle, devendo ser fixado com temperança.

Verifica-se que **o valor fixado no presente caso, R\$ 5.000,00 para a mãe e R\$ 1.000,00 para cada um dos irmãos, destoa dos valores aceitos por esta Corte para casos semelhantes**, isto é, **de dano moral decorrente de morte de familiar em acidente de trânsito, no caso, por atropelamento.**

Anote-se que em 20 de novembro de 2008, no julgamento do REsp 210.101/PR, Relator o E. Min. CARLOS FERNANDO MATHIAS, a eg. Quarta Turma majorou indenização fixada em 10 salários mínimos a cada um dos familiares de vítima fatal de acidente de trânsito para R\$ 100.000,00 (cem mil reais) e, em 25.3.2008, no

juízo de julgamento do REsp 780.548/MG, Rel. o E. Min. JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, manteve indenização fixada em R\$ 120.000,00 (cento e vinte mil reais).

Esta Turma, em caso análogo, isto é, atropelamento fatal de pedestre, no julgamento do REsp 469.867/SP, em 27.9.2005, considerou razoável e manteve indenização fixada em R\$ 150.000,00 (cento e cinquenta mil reais).

No caso, deve-se considerar o fato da idade da vítima, já presumivelmente vivendo a chefia da própria família constituída, com a conseqüente menor proximidade dos familiares de origem, de maneira que menos presente no dia-a-dia.

Não está questionado, por outro lado, nestes autos, o dever de indenização por dano moral sofrido por mãe e irmãos no caso de vítima de já de mais idade do que o normal desses casos, e com família própria constituída - de maneira que do julgamento deste caso não se pode extrair tese assente para outros casos, sendo necessário examinar as circunstâncias de cada caso em questão sensível e delicada como a do dano moral nessas condições.

Desta forma, tendo em vista a jurisprudência a respeito do tema acima indicada e as circunstâncias da causa, conclui-se que a indenização deve ser majorada para o valor de R\$ 35.000,00 (trinta e cinco mil reais) para a mãe e R\$ 3.000,00 (três mil reais) para cada um dos oito irmãos da vítima, em valores da data da proclamação deste julgamento, quantia que cumpre, com razoabilidade, a sua dupla finalidade, isto é, a de punir pelo ato ilícito cometido e, de outra banda, a de reparar as vítimas pelo sofrimento moral experimentado. (STJ, REsp 921499/RJ, Rel. Min. SIDNEI BENETI, 3ª T., j. em 20.10.2009, DJe 03.11.2009).

Do exposto, diante das circunstâncias do caso concreto, dou parcial provimento ao apelo, para reformar a sentença e condenar a recorrida a ressarcir o recorrente, unicamente a título de danos morais, em valor que arbitro em R\$30.000,00 (trinta mil reais).

Na espécie, os juros moratórios fluem a partir do evento danoso, em caso de responsabilidade extracontratual (Súm. 54, STJ), isto é, 0,5% ao mês (6% ao ano), mais correção monetária a partir do arbitramento do dano. Com a entrada em vigor do CC de 2002, é de ser aplicada apenas a taxa SELIC, em cuja composição já está incluída a correção monetária.

É como voto.

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 nexos 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 douta sentença hostilizada.

É o meu voto.

Fortaleza, 17 de setembro de 2008.

APELAÇÃO CÍVEL COMARCA DE FORTALEZA Nº 2004.0003.7164-9/0
APELANTES: J.B. INDÚSTRIA E COMÉRCIO DE BORDADOS DO
CEARÁ LTDA. E AGF BRASIL SEGUROS S.A. E SASSE-COMPANHIA
NACIONAL DE SEGUROS GERAIS.

APELADOS: OS MESMOS APELANTES

ÓRGÃO JULGADOR: TERCEIRA CÂMARA CÍVEL

RELATOR: DES. CELSO ALBUQUERQUE MACÊDO

EMENTA: CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. APELAÇÕES. AÇÃO DE COBRANÇA DE SEGURO. SENTENÇA: TUTELA JURISDICIONAL PLENA. PREQUESTIONAMENTO: INSTÂNCIAS EXTRAORDINÁRIAS. PRELIMINAR REJEITADA. INCÊNDIO CRIMINOSO. NOTAS FISCAIS “FRIAS”: UTILIZAÇÃO E LOCUPLETAMENTO. NÃO CONFIGURAÇÃO. ÔNUS DA PROVA (ART. 333, I E II, DO CPC). INEXISTÊNCIA DE FATO IMPEDITIVO, MODIFICATIVO OU EXTINTIVO DO DEVER DE INDENIZAR. LUCROS CESSANTES: PRINCÍPIOS DA RAZOABILIDADE E DA VEDAÇÃO AO ENRIQUECIMENTO ILÍCITO. LIQUIDAÇÃO POR ARTIGOS (ART. 475-E, CPC). PRECEDENTES DO STJ. DANO MORAL. PESSOA JURÍDICA. POSSIBILIDADE (SÚMULA 227/STJ). ABALO CARACTERIZADO. CONSECTÁRIOS LEGAIS (ART. 293, CPC). JUROS MORATÓRIOS CALCULADOS A PARTIR DO EVENTO DANOSO. REGRAS DE DIREITO INTERTEMPORAL. ARTS. 1.062 DO CÓDIGO CIVIL ANTERIOR (0,5% AO MÊS) E 406 DO ATUAL CÓDIGO CIVIL (TAXA QUE ESTIVER EM VIGOR PARA A MORA DO PAGAMENTO DE IMPOSTOS DEVIDOS À FAZENDA NACIONAL — 1% AO MÊS — CTN 161, § 1º). CORREÇÃO MONETÁRIA. INCIDENTE A PARTIR DA DATA DE ARBITRAMENTO DO

QUANTUM INDENIZATÓRIO. VARIAÇÃO DO ÍNDICE NACIONAL DE PREÇOS AO CONSUMIDOR — INPC/IBGE. JUROS COMPOSTOS. NÃO INCIDÊNCIA. AUSÊNCIA DE CONDENAÇÃO CRIMINAL. INTELIGÊNCIA DAS SÚMULAS NºS 43, 54, 186 E 362 DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA E DA SÚMULA Nº 254 DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ÔNUS SUCUMBENCIAIS RATEADOS ENTRE AS RÉS. APELOS CONHECIDOS E PARCIALMENTE PROVIDOS.

1. A julgadora monocrática, ao meu ver, entregou plena e satisfatoriamente a tutela jurisdicional, desincumbindo-se, efetivamente, de tal mister ao sentenciar às fls. 586/590 e, notadamente, às fls. 610/612, quando do julgamento dos embargos declaratórios opostos pela apelante. Caberá à parte eventualmente contrariada em seus argumentos valer-se dos instrumentos processuais adequados que o sistema recursal lhe oferece, não estando o julgador “... obrigado a rebater, um a um, os argumentos trazidos pela parte, desde que os fundamentos utilizados tenham sido suficientes para embasar a decisão. ”, segundo jurisprudência remansosa do STJ. Ademais, o pleito é despiciendo para o alcance das instâncias ordinárias, sendo apenas exigível na hipótese de conhecimento dos recursos junto às instâncias extraordinárias, conforme bem explicitado na Súmula 211/STJ e Súmulas 282/STF e 356/STF, sem embargo da devolutividade inerente à apelação (art. 515, CPC). PRELIMINAR REJEITADA.

2. A empresa sinistrada, ora primeira apelante, confirmou que, de fato, existiam notas fiscais “frias” em seu estabelecimento, mas que tal expediente “... é uma forma de sobrevivência à sanha arrecadatória do Governo.” (fl. 638) e que as notas “frias” “.. eram utilizadas meramente para o transporte das mercadorias adquiridas.”, notadamente àquelas

compradas a barraqueiros (fl. 550), sendo, tais notas, um “... *problema do fisco e não das seguradoras.*” (fl. 639), pré-existentes, inclusive, ao incêndio. Sustentou, ainda, que nunca houve “... *por parte da promovente, a intenção de sua utilização para aumento de estoque contábil para fins de ressarcimento do seguro, ..., tanto que o levantamento para a apuração do sinistro foi realizado pela contagem física do remanescente do rescaldo.*”, procedimento este sugerido pelas seguradoras e por todos presenciado (fl. 643).

3. Na contramão de tais assertivas, as seguradoras, aqui segunda e terceira apelantes, alegam que a negativa ao pagamento do seguro se deu exatamente face à violação, pela segurada, das cláusulas contratuais e das normas legais, na medida em que esta fez uso de notas “frias” com vistas ao incremento fraudulento do valor dos prejuízos e, com isso, da indenização em si.

4. Na sentença, a juíza *a quo* concluiu que, não obstante a utilização de notas fiscais “frias” com vistas à demonstração do estoque da promovente à época do sinistro (formado, em parte, por mercadorias adquiridas informalmente, conforme acima dito), é negável, em contrapartida, a ocorrência, em si, do incêndio, sem que existam provas nos autos que denotem ter sido, o rescaldo, provocado pela segurada. Entendeu, ainda, aquela magistrada, ser abusiva a cláusula contratual de perda do seguro *in specie*, justificando-se o pagamento da garantia pela prova da ocorrência do sinistro, *in casu*, pela apuração capitaneada pela empresa contratada pelas rés, “...*que constatou e indicou o seu prejuízo indenizável.*” (fl. 588), devendo, todavia, a indenização limitar-se “...*ao valor do prejuízo experimentado e comprovado pelo segurado.*” (fl. 589).

5. Entendo, após minuciosa análise das provas carreadas aos autos, sopesadas com as alegações das partes: (I) que o dever de indenizar nasce no momento em que se dá o sinistro previsto na apólice, sendo

incontroversa (a) a ocorrência do incêndio (laudo pericial do Instituto de Criminalística – fls. 43/62 e do perito judicial – fl. 517/531), (b) a contratação de tal cobertura entre os litigantes, nos termos do art. 1.432, do antigo CCB, sob a égide do qual foram celebrados os contratos de seguro (fls. 19/28), (c) e a comunicação *incontinenti* às seguradoras da ocorrência do sinistro pela segurada (art. 1.457); (II) que não há prova – sequer indícios - nos autos de que o incêndio tenha sido provocado ou agravado pela segurada criminosamente, para fins de recebimento da garantia. O fato de o perito do Instituto de Criminalística do Ceará ter concluído à fl. 205 que o incêndio foi produzido através de fogo posto, precedido da subtração de bens e de danos mecânicos, nada prova quanto à autoria do sinistro, tida como desconhecida (fl. 518); (III) que a apuração dos prejuízos advindos do incêndio teve por base as mercadorias e os demais objetos que restaram após o rescaldo, através de aferição física e com a presença de todos os envolvidos, e não na documentação contábil ou fiscal da segurada (seja esta regular ou irregular), conforme se vê no RELATÓRIO DE REGULAÇÃO DE SINISTRO INCÊNDIO (RRSI), no qual se balizou a juíza *a quo* para fixar o *quantum* indenizatório; (IV) que, por ser microempresa, optante do “simples”, a segurada era dispensada, segundo o experto, da contabilidade regular, como “Livro Razão” e “Livro Caixa” (fl. 531), fatos esses suscitados pela autora e ratificados pelo perito judicial, em seu interrogatório às fls. 555/556; (V) que, na totalização do valor indenizável, além do representante da empresa incendiada, houve a participação - *in loco* - dos agentes reguladores das próprias seguradoras, não restando comprovado que tal levantamento tenha sido viciado dolosamente pela segurada com a utilização de notas fiscais “frias”, chamando-nos a atenção, nesse particular, as declarações firmadas à fl. 373, quanto à ausência de investigação sobre as notas frias; (VI) que a existência de tais notas fiscais “frias”, inclusive, é confessada pela

segurada às fls. 550/551, todavia para fins de transporte da mercadoria comprada a barraqueiros ou feirantes que não emitem notas fiscais, na localidade de Santa Cruz do Capibaribe-PE (especialmente, na “Feira da Sulanca”), informação esta confirmada pelo perito à fl. 531 (item 15) junto à auditor fiscal local e que demonstra a pré-existência de tais notas e a motivação de sua utilização, alheia, portanto, ao rescaldo e à apuração dos prejuízos indenizáveis; (VII) que, não obstante o confessado ilícito fiscal, o prefalado RELATÓRIO DE REGULAÇÃO DE SINISTRO INCÊNDIO (RRSI) foi confeccionado a mando da própria seguradora (SASSE) e reflete os dados colhidos mediante vistoria junto ao prédio incendiado, com base naquilo que restou do incêndio, e não na contabilidade da empresa, menos ainda em notas “frias” (fl. 166), fato este que afasta a tese de locupletamento como justa causa à quebra contratual; (VIII) que, além de não haver vício na contratação, as cláusulas contratuais nas quais se embasaram as seguradoras para denegar a cobertura à segurada (transcritas, respectivamente, às fls. 386/387 e à fl. 459-verso) pressupõem a existência de intenção dolosa por parte da sinistrada - *in casu*, a utilização fraudulenta de notas fiscais frias junto às seguradoras para fins espúrios - o que não restou demonstrado pelas rés nem se confunde ao ilícito fiscal confessado, que tem, como sujeito passivo, a fazenda pública; (IX) finalmente, a existência de notas fiscais “frias”, além de não representar causa agravante do risco de incêndio, não refletiu na apuração dos danos indenizáveis, haja vista que tais notas foram desconsideradas quando da apuração dos danos (ver fl. 166, 1º parágrafo, e fl. 304, item 02), não se configurando - *in specie* - como causa impeditiva, modificativa ou extintiva do direito à indenização postulada, restando incólumes os artigos: 1592; 1.443; 1.444; 1.454, do antigo CCB, com a ponderação imposta pelo art. 1.456, do citado diploma legal.

6. Diante disso, filio-me, no que tange ao somatório

dos DANOS MATERIAIS (prédio – R\$ 1.172,06; móveis e utensílios – R\$ 2.048,67; máquinas – R\$ 3.124,80; mercadorias – R\$ 70.910,02), ao entendimento esposado na sentença, ao meu ver equilibrado e coerente aos fatos, às provas e às normas que regulam a matéria, restando afastada qualquer farpa aos princípios da boa-fé contratual e da veracidade das declarações suficientes à extinção do seguro, sem perder de vista a hipossuficiência daqueles que firmam contratos de adesão, em especial, à luz das normas consumeristas, bem como à necessidade de correlação entre o valor indenizável e os prejuízos efetivamente sofridos e comprovados pelo sinistrado.

7. Sem dúvida, as partes promovidas devem arcar com o ônus de reparar os prejuízos sofridos pela autora quanto aos LUCROS CESSANTES, todavia, tal obrigação somente pode ser enfrentada em sede de liquidação de sentença, sendo oportuno lembrar que “[...] *A liquidação está limitada a integrar à sentença civil condenatória genérica o elemento declaratório relativo à quantificação do valor ou à determinação do objeto da obrigação.*” (Negrito).

8. A pretensão referente aos lucros cessantes está ligada ao prejuízo, o qual emerge da certeza do não cumprimento do contrato por parte das seguradoras, bem como das inevitáveis conseqüências financeiras, o que deve ser quantificado e apurado em liquidação de sentença, mediante artigos, com base no contraditório e na ampla defesa.

9. Questão do montante devido que fica inteiramente remetida àquela fase, de modo a que sejam propiciadas ao julgador as provas da frustração do lucro que teria sido auferido, não fosse o inadimplemento das contratadas, possibilitando a fixação do valor líquido correspondente.

10. Diante disso e dada a impossibilidade da quantificação, nesta instância *ad quem*, dos danos negativos, o que não se confunde com a existência do dano em si, ora confirmado, entendo, à luz do excerto

transcrito e de outros precedentes daquela Corte, que os lucros cessantes deverão ser apurados em liquidação por artigos, nos termos do art. 475-E, do CPC, inclusive quanto ao valor da diária, considerados o tempo razoável para efeito de suposto prolongamento das atividades da segurada e o real lucro líquido da empresa para fins de imposto de renda, evitando-se, dessa forma, o enriquecimento ilícito da indenizada.

11. No que se refere ao DANO MORAL, a mera demonstração dos fatos ensejadores do abalo comercial, ocasionado por uma conduta ilícita ou culposa, *in casu* o retardamento do pagamento do prêmio contratado com as empresa seguradoras, é suficiente à procedência do pleito. Não obstante a presunção natural da decorrência de dano moral configurado o ilícito em si, resta comprovado nestes autos que o não pagamento a contento do seguro em questão impediu a retomada das atividades empresariais pela sinistrada, cuja paralisação afetou a sua credibilidade comercial, dada a perda de negócios e de faturamento (ver fl. 05 e fl. 600). Além dos comezinhos dissabores, a cobrança judicial dos aluguéis do prédio sinistrado (Ação de Cobrança – fls. 98/100) e o comprometimento do patrimônio pessoal dos sócios (mandado de citação, penhora e depósito – fl. 572), aviltaram a reputação, o bom nome, a boa fama e o prestígio da promovente e de seus representantes perante à sociedade.

12. Nesse aspecto, ponderada a equação entre a justa composição e a vedação ao enriquecimento ilícito (STJ, REsp 773.853/RS), com olhos voltados à razoabilidade, às peculiaridades do caso concreto, à situação econômica e social das partes, à repercussão econômica da indenização, à gravidade da lesão; sopesando, outrossim, os motivos da recusa das rés em adimplirem o áleio e os revezes sofridos pela segurada, que gozava de boa reputação na praça, conforme atestam as certidões cartorárias e as declarações de seus fornecedores e do Banco do Brasil

(fls. 106/115), não rechaçadas pelas promovidas, fixo os danos morais em R\$ 50.000 (cinquenta mil reais), valor este que a mim se afigura consentâneo aos caracteres compensatório e punitivo da verba reparatória, a ser dividido, em partes iguais, entre as seguradoras.

13. São devidos JUROS MORATÓRIOS e CORREÇÃO MONETÁRIA, porquanto o pedido principal compreende todos os demais consectários legais (CPC, art. 293 e STF, Súmula nº 254).

14. Os juros moratórios fluem desde o evento danoso, enquanto que a correção monetária incide a partir da data de arbitramento do *quantum* indenizatório (STJ, Súmulas nos 54 e 362).

15. Os juros moratórios devem ser calculados, a partir do evento danoso, à base de 0,5% ao mês (artigo 1.062 do Código Civil de 1916) até a entrada em vigor do Código Civil de 2002 (Lei nº 10.406/2002). A partir da vigência do Código Civil de 2002, os juros moratórios deverão observar a taxa que estiver em vigor para a mora do pagamento de impostos devidos à Fazenda Nacional (artigo 406), qual seja, a taxa de 1% ao mês, expressamente definida pelo art. 161, § 1º, do Código Tributário Nacional.

16. A correção monetária da indenização por danos morais, incidente desde a data do seu arbitramento, observará o Índice Nacional de Preços ao Consumidor — INPC, divulgado pela Fundação Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística — IBGE.

17. Não há que se cogitar da incidência de juros compostos, a que alude o art. 1.544 do Código Civil de 1916, porquanto a capitalização de juros somente é admitida nas hipóteses em que houver trânsito em julgado da sentença penal condenatória, nos termos de jurisprudência uniforme do Superior Tribunal de Justiça e do enunciado na Súmula nº 186 daquela mesma Corte Superior.

18. Finalmente, considerando que a reforma parcial da sentença, ora proposta, altera, *ipso facto*, a distribuição

dos ÔNUS DA SUCUMBÊNCIA, que deixa de ser recíproca diante da procedência dos pleitos, ainda que o valor da indenização tenha sido inferior ao postulado na inicial, arbitro os honorários advocatícios em 10% (dez por cento) sobre o valor da condenação, com suporte nos artigos 20, § 3º; 21, § único; e 23, todos do CPC, e na Súmula 326/STJ1, os quais, somados às custas e às demais despesas processuais, deverão ser suportados integralmente pelas seguradoras e entre elas rateados, metade para cada.

19. APELAÇÕES CONHECIDAS E PARCIALMENTE PROVIDAS.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos das Apelações Cíveis de Fortaleza Nº 2004.0003.7164-9/0, em que litigam as partes, acima nominadas, ACORDA, a Turma Julgadora da Terceira Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, por unanimidade, em CONHECER das apelações e em lhes DAR PARCIAL PROVIMENTO, tudo nos termos do voto do Relator, que integra esta decisão.

RELATÓRIO

Cuidam-se de 03 (três) RECURSOS DE APELAÇÃO, o primeiro interposto pela segurada J.B. INDÚSTRIA E COMÉRCIO DE BORDADOS DO CEARÁ LTDA. (fls. 593/604); o segundo e o terceiro pelas seguradoras AGF BRASIL SEGUROS S.A. (fls. 613/618) e CAIXA SEGURADORA S/A (antiga SASSE-COMPANHIA NACIONAL DE SEGUROS GERAIS - fls. 627/633), contra a sentença de fls. 586/590 (complementada às fls. 610/612, por força da interposição de embargos de declaração - fls. 607/609), prolatada pelo JUÍZO DE DIREITO DA 9ª VARA CÍVEL DE FORTALEZA que houve por bem JULGAR PROCEDENTES, em parte, os pedidos contidos na AÇÃO DE COBRANÇA DE SEGURO CUMULADA COM LUCROS CESSANTES E DANOS MORAIS, proposta pela segurada contra as seguradoras, acima mencionadas, deferindo, àquela, o pagamento do seguro, acrescido de lucros cessantes, custas e honorários advocatícios, todavia na forma e nos valores fixados na sentença. Os danos morais foram julgados improcedentes (fl. 590).

Conforme relatado na inicial (fls. 02/10), a segurada J.B.

INDÚSTRIA E COMÉRCIO DE BORDADOS DO CEARÁ LTDA. informa ter contratado, primeiramente, em 07/06/1999, o seguro multirisco empresarial com a SASSE-COMPANHIA NACIONAL DE SEGUROS GERAIS; e, após 01 (um) mês, em 07/07/1999, firmado outro seguro, desta vez com a AGF BRASIL SEGUROS S.A., cada um com cobertura contra incêndio, além de outros eventos listados nas respectivas apólices (fl. 20 e 23), em torno de R\$ 170.000,00 (cento e setenta mil reais).

Em 21/03/2000, a empresa segurada, ora apelante, alega ter sido vítima de arrombamento, seguido de furto e incêndio criminosos, conforme prova carreada aos autos (inquérito policial; fotos e laudo pericial), tendo, ato contínuo e por correspondência, comunicado às seguradoras, igualmente apelantes, o sinistro e requerido, *pari passu*, a cobertura correspondente.

Não obstante a apuração, *in loco*, dos prejuízos decorrentes do rescaldo, pelos representantes de todas as partes envolvidas, ocorrida em 06/05/2000, “...onde foram contadas, pesadas e medidas todas as mercadorias avariadas no incêndio criminoso.” (fl. 04) e totalizado o prejuízo em R\$ 117.997,09 (cento e dezessete mil, novecentos e noventa e sete reais e nove centavos), as seguradoras, no dizer da autora, negaram-se a efetuar o pagamento do seguro, haja vista as irregularidades contábeis encontradas, notadamente quanto à existência de notas fiscais “frias”, razão pela qual a segurada requereu, de imediato, esclarecimentos e provas do alegado.

Sustenta ainda que as seguradoras, não obstante terem recebido pontualmente o pagamento dos seguros contratados, negaram-se em honrá-los mesmo diante do incontroverso sinistro (*in casu*, do incêndio), mediante “...afirmações não comprovadas e que não dizem respeito às apólices...” (fl. 04), mas, sim, à situação fiscal da empresa, fato este, no dizer da autora, completamente alheio ao contrato de seguro, aos objetos segurados e, ainda, ao levantamento físico capitaneado pelos prepostos das partes, onde se levou em conta apenas as mercadorias avariadas e não as prefaladas notas fiscais, sendo insustentável a escusa das rés em negar à empresa incendiada a cobertura segurada.

Alega, por fim, que, além dos prejuízos materiais sofridos e não cobertos, a autora vem sofrendo inúmeros revezes em face à paralisação de seu comércio e às infundadas acusações de locupletamento suscitadas pelas seguradoras, pelo que requer, além da cobertura dos prejuízos, estes orçados em R\$ 117.997,09 (cento e dezessete mil, novecentos e noventa e sete reais e nove centavos), danos morais arbitrados em R\$ 100.000,00 (cem mil reais) e lucros cessantes na ordem de R\$ 3.256,50 (três mil, duzentos e cinquenta e seis reais e cinquenta centavos) por mês, compreendidos desde a data do incêndio até o

trânsito em julgado da demanda, tudo acrescido de custas e de honorários advocatícios, devendo, a condenação, ser rateada entre as rés.

Às fls. 123/124, a ré AGF requereu a aplicação do art. 191, do CPC (contagem do prazo em dobro).

Já a demandada SASSE apresentou defesa escrita às fls. 132/142, acompanhada de vasta documentação (fls. 133/396), alegando, preliminarmente, *carência de ação* por inadequação do pedido (e mais à frente, por ausência de interesse de agir) e, ainda, *inépcia da inicial*, dada a contradição existente, no seu entender, entre a causa de pedir e o pedido, oportunidade em que requereu, *ab initio*, a extinção prematura do feito. *In meritis*, suscitou que a negativa do pagamento da cobertura do sinistro deu-se em virtude de a empresa autora ter se utilizado “... *de expedientes fraudulentos* (diga-se, notas “frias”) ..., *quando da liquidação do sinistro*” (fl. 136), visando a se locupletar, fato este que, por si só, violou o contrato e, por conseguinte, acarretou a perda dos direitos pactuados e o cancelamento do seguro. Finalizou requerendo a condenação da segurada em litigância de má fé, além da denegação do pleito inicial, tudo acrescido dos ônus sucumbenciais.

A demandante replicou a referida defesa às fls. 398/406, ratificando o arrazoado inicial, notadamente quanto à aferição física dos prejuízos, por sugestão das próprias rés, com participação ampla e *in loco* de todos os interessados, o que afastaria, por conseguinte, a escusa das seguradoras ao cumprimento da apólice, calcada na utilização fraudulenta de notas “frias” pela segurada, vez que a apuração, como dito, não se deu de forma contábil. Suscitou, ademais, a aplicação da lei consumerista, com a inversão do ônus da prova; a interpretação em prol dos contratantes no caso de contratos de adesão, como se vê na espécie; e, *in fine*, a procedência da demanda, devendo o juiz mandar riscar diversas expressões tidas como injuriosas pela autora.

Em seguida, a seguradora AGF igualmente contestou a demanda (fls. 408/423), respaldada no livreto “Condições Gerais - Manual do Segurado” (424/463), argüindo (I) que o incêndio foi provocado; (II) que a autora se utilizou de notas “frias” para elevar o valor das mercadorias avariadas e, por conseqüência lógica, do *quantum* a ser ressarcido pela seguradora; (III) que só após descoberta tal manobra, a autora consentiu em que se fizesse um levantamento físico dos bens remanescentes do rescaldo; (IV) que, ainda assim, reincidiu na dita prática ilícita (uso de notas “frias”, agravado pela apresentação de declaração falsa – fl. 75 e 417), com vistas ao incremento dos valores de custo das mercadorias restantes e, *ipso facto*, do *quantum* a ser ressarcido pelas seguradoras; (V) que tal conduta implicou na perda do direito ao recebimento da indenização; (VI) que provados apenas os prejuízos na monta de R\$ 63.815,42; (VII) que a apuração

dos lucros cessantes e das despesas fixas deverá ser feita através de perícia judicial; e, ainda, na hipótese de procedência, que a média mensal dos lucros cessantes corresponda ao “*valor de venda menos os custos*” (fl. 421); **(VIII)** que a prova do dano moral (e, mais adiante, dos prejuízos resultantes do incêndio) deve ser atribuída à demandante, da qual não se desincumbiu, com a ressalva de que são incabíveis danos morais em se tratando de pessoa jurídica e que as diligências e as comunicações efetuadas pela ré à autora se deram de forma discreta e respeitosa, sem abalo algum ao crédito ou aos rendimentos da empresa; **(IX)** que a autora deu causa à negativa do seguro e aos revezes supostamente sofridos, na medida em que se utilizou de documento ideologicamente falso e de notas “frias” para fins ilícitos, farpeando a boa fé exigida pela lei civil (fl. 418/421), cuja violação levou à quebra contratual e à extinção do dever de indenizar; **(X)** que, *ad cautelam*, na hipótese de procedência do pleito, deverão se considerados juros de “0,5% a/m., a contar da citação,...”, com a compensação dos honorários advocatícios, redução dos valores pleiteados, sob todos os títulos, sem embargo do pedido de ampla produção de provas e, por fim, de improcedência da demanda.

Nova réplica às fls. 465/472, onde a autora reiterou toda a argumentação já lançada nos autos, acrescida da prática de calúnia perpetrada pela AGF em seu desfavor, na medida em que a referida seguradora alegou, em sua defesa, que o incêndio teria sido deliberadamente provocado. Na ocasião, requereu, a demandante, a oitiva do representante legal da “SOBRINK”, emitente da declaração tida como falsa pela citada ré (fl. 417), para fins de comprovação da veracidade de seu conteúdo em juízo.

Esvaziada a tentativa de conciliação (fl. 491), o Juiz monocrático, após refluir da decisão de julgamento antecipado da lide (fls. 491, 496 e 498) - agravada, a princípio, pela AGF (fls. 494/495) - determinou a realização de perícia judicial, consumada às fls. 517/531, com a entrega do laudo pericial e, em seguida, da prova oral, onde se deu a oitiva do representante legal da acionante (fl. 549/551) e, na assentada subsequente, do perito judicial (fls. 554/556).

Encerradas as provas, as partes apresentaram memoriais (fls. 562/571; 578/582; 582/585, respectivamente), oportunidade em que os autos seguiram à conclusão para julgamento.

A magistrada *a quo*, ao prolatar a SENTENÇA de fls. 586/590, acolheu, parcialmente, os pedidos iniciais, condenando as seguradoras, norteadas pelo laudo da empresa reguladora da ré SASSE (fls. 153/168), a indenizar a segurada em: R\$ 1.172,06 (prédio – fl. 159); R\$ 2.048,67 (móveis e utensílios – fl. 160/161); R\$ 3.124,80 (máquinas – fls. 256/257); R\$ 70.910,02 (mercadorias – fl. 590), acrescidos dos lucros cessantes orçados em R\$ 38,91 (a diária), contados

desde a data do sinistro até a do efetivo pagamento, a serem liquidados em execução de sentença, além dos ônus sucumbenciais, rateados entre os demandantes, na forma partilhada na sentença (fl. 590), restando improcedentes os danos morais.

Diante da sucumbência parcial, ultrapassada a improcedência dos embargos declaratórios (fls. 610/612), opostos unicamente pela CAIXA SEGURADORA S/A (antiga SASSE – fls. 607/609), todas as partes envolvidas apelaram a esta Corte de Justiça, conforme relatado no prólogo.

Primeiramente, a empresa incendiada e segurada J.B. INDÚSTRIA E COMÉRCIO DE BORDADOS DO CEARÁ LTDA. requereu, às fls. 367/377 e 593/604, a majoração dos danos materiais arbitrados na sentença e a concessão dos danos morais, lá denegados, sob os fundamentos já manejados no decorrer da lide, acrescido do pedido de consideração do levantamento físico, realizado, em conjunto, com as seguradoras, para fins de fixação do *quantum* condenatório, e da efetiva ocorrência dos danos morais, decorrentes da quebra contratual e da paralisação dos negócios, além da ofensa à honra objetiva da empresa, perfeitamente indenizável, segundo jurisprudência reiterada do STJ.

A segunda apelante AGF BRASIL SEGUROS S.A. (fls. 613/618), repisando as derradeiras razões, requereu a improcedência da demanda, haja vista que a perda da garantia ao seguro se deu em virtude do uso, por parte da autora, de documentos falsos. Por fim, suplicou “...*que o termo final da contagem dos lucros cessantes seja 80 (oitenta) dias após a ocorrência do fato,...*” (fl. 618), acaso vencida a reforma integral da sentença.

Finalmente, a CAIXA SEGURADORA S/A (antiga SASSE-COMPANHIA NACIONAL DE SEGUROS GERAIS) apelou às fls. 627/633, requerendo, preliminarmente, o retorno dos autos à origem para fins de prequestionamento das matérias veiculadas nos declaratórios pelo julgador monocrático, que, no entender da apelante, ficaram à deriva. No mérito, ratificou os fundamentos já apresentados, pugnando pela improcedência da demanda “*eis que a empresa recorrida tentou obter o pagamento do seguro mediante ato ilícito, violando, desse modo, o contrato celebrado, exonerando a recorrente do pagamento da indenização postulada,...*” (fl. 632/633), com a inversão dos ônus sucumbenciais.

Apresentadas as contra-razões somente pela autora às fls. 636/648, os autos foram enviados, ato contínuo, a este Tribunal (fl. 650), os quais, após distribuição automática à Desa. *Maria Celeste Thomaz Aragão* (fl. 653), foram a mim redistribuídos por encaminhamento face à remoção daquela magistrada para a 4ª Câmara Cível, à época.

Revistos na forma do art. 34, do Regimento Interno deste Tribunal.

É O RELATÓRIO.

VOTO

1-) PRESSUPOSTOS DE ADMISSIBILIDADE RECURSAL:

Conheço dos 03 (três) recursos de apelação manejados pelas partes, por observar presentes os pressupostos intrínsecos e extrínsecos de admissibilidade (cabimento, legitimidade recursal, interesse recursal, tempestividade, regularidade formal, inexistência de fato impeditivo ou extintivo do poder de recorrer, preparo¹).

2-) PRELIMINAR DE MÉRITO: CAIXA SEGURADORA S/A. EMBARGOS DECLARATÓRIOS NÃO PROVIDOS. RETORNO DOS AUTOS À ORIGEM PARA FINS DE PREQUESTIONAMENTO.

O cerne da questão gravita em torno da utilização - e não da existência - de notas fiscais “frias”, pela segurada, para fins de locupletamento junto às seguradoras, quando da apuração dos prejuízos materiais advindos do incêndio ocorrido no estabelecimento comercial da empresa. E, ainda, se tal conduta, acaso comprovada, é capaz de, por si só, exonerar integralmente as seguradoras do pagamento do seguro contratado com a postulante, mesmo diante da incontroversa ocorrência do sinistro e dos prejuízos dele decorrentes.

No meu sentir, somente ultrapassado tal questionamento, poderá, este Relator, passar ao estudo das demais matérias ventiladas nos apelos das partes, a exceção do requerimento, formulado pela CAIXA SEGURADORA S/A, de retorno dos autos à origem para fins de prequestionamento (fl. 632). Enfrentemos, *ab initio*, tal preliminar.

A julgadora monocrática, ao meu ver, desincumbiu-se, efetivamente, de tal mister ao sentenciar às fls. 586/590 e, notadamente, às fls. 610/612, quando do julgamento dos embargos declaratórios opostos pela citada apelante, entregando aos jurisdicionados plenamente a tutela jurisdicional.

Ad argumentandum, caberá à parte eventualmente contrariada em seus argumentos valer-se dos instrumentos processuais adequados que o sistema recursal lhe oferece, conforme já pacificou o *Superior Tribunal de Justiça*:

“o magistrado não está obrigado a rebater, um a um, os argumentos trazidos pela parte, desde que os fundamentos utilizados tenham sido suficientes para embasar a decisão”²

Ademais, o pleito é despiciendo para o alcance das instâncias ordinárias, sendo apenas exigível na hipótese de conhecimento dos recursos junto às instâncias extraordinárias, conforme bem explicitado na Súmula 211/STJ³ e Súmulas 282/STF⁴ e 356/STF⁵, sem embargo da devolutividade inerente à apelação (art. 515, CPC).

Desta feita, voto pelo não acolhimento da preliminar suscitada.

3-) MÉRITO

3.1. DO DEVER DE INDENIZAR INCÊNDIO CRIMINOSO. NOTAS FISCAIS “FRIAS”: UTILIZAÇÃO E LOCUPLETAMENTO. ÔNUS DA PROVA (ART. 333,I e II, DO CPC)

A empresa sinistrada, ora apelante, confirmou que, de fato, existiam notas fiscais “frias” em seu estabelecimento, mas que tal expediente “... *é uma forma de sobrevivência à sanha arrecadatória do Governo.*” (fl. 638) e que as notas “frias” “.. *eram utilizadas meramente para o transporte das mercadorias adquiridas.*”, notadamente àquelas compradas a barraqueiros (fl. 550), sendo, tais notas, um “... *problema do fisco e não das seguradoras.*” (fl. 639), pré-existentes, inclusive, ao incêndio.

Sustentou, ainda, que nunca houve “... *por parte da promovente, a intenção de sua utilização para aumento de estoque contábil para fins de ressarcimento do seguro, ..., tanto que o levantamento para a apuração do sinistro foi realizado pela contagem física do remanescente do rescaldo.*”, procedimento este sugerido pelas seguradoras e por todos presenciado (fl. 643).

Na contramão de tais assertivas, as seguradoras alegam que a negativa ao pagamento do seguro se deu exatamente face à violação, pela segurada, das cláusulas contratuais e das normas legais, na medida em que esta fez uso de notas “frias” com vistas ao incremento fraudulento do valor dos prejuízos e, com isso, da indenização em si.

Na sentença, a juíza *a quo* concluiu que, não obstante a utilização de notas fiscais “frias” com vistas à demonstração do estoque da promovente à época do sinistro (formado, em parte, por mercadorias adquiridas informalmente, conforme acima dito), é inegável, em contrapartida, a ocorrência, em si, do incêndio, sem que existam provas nos autos que denotem ter sido, o rescaldo, provocado pela segurada.

Entendeu, ainda, aquela magistrada, ser abusiva a cláusula contratual de perda do seguro *in specie*, justificando-se o pagamento da garantia pela prova da ocorrência do sinistro, *in casu*, pela apuração capitaneada pela empresa

contratada pelas rés, “...que constatou e indicou o seu prejuízo indenizável.” (fl. 588), devendo, todavia, a indenização limitar-se “...ao valor do prejuízo experimentado e comprovado pelo segurado.” (fl. 589).

A indenização por dano moral e material foi consagrada pelo texto constitucional, nos incisos V e X, do artigo 5º, perfeitamente aplicável ao caso em análise, *in litteris*:

“Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: “V - é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem”; “X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação;”

Entendo, após minuciosa análise das provas carreadas aos autos, sopesadas com as alegações das partes:

(I) que o dever de indenizar nasce no momento em que se dá o sinistro previsto na apólice, sendo incontroversa (a) a ocorrência do incêndio (laudo pericial do Instituto de Criminalística – fls. 43/62 e do perito judicial – fl. 517/531), (b) a contratação de tal cobertura entre os litigantes, nos termos do art. 1.432⁶, do antigo CCB, sob a égide do qual foram celebrados os contratos de seguro (fls. 19/28), (c) e a comunicação *incontinenti* às seguradoras da ocorrência do sinistro pela segurada (art. 1.457);

(II) que não há prova – sequer indícios - nos autos de que o incêndio tenha sido provocado ou agravado pela segurada criminosamente, para fins de recebimento da garantia. O fato de o perito do Instituto de Criminalística do Ceará ter concluído à fl. 205 que o incêndio foi produzido através de fogo posto, precedido da subtração de bens e de danos mecânicos, nada prova quanto à autoria do sinistro, tida como desconhecida (fl. 518);

(III) que a apuração dos prejuízos advindos do incêndio teve por base as mercadorias e os demais objetos que restaram após o rescaldo, através de aferição física e com a presença de todos os envolvidos, e não na documentação contábil ou fiscal da segurada (seja esta regular ou irregular), conforme se vê no RELATÓRIO DE REGULAÇÃO DE SINISTRO INCÊNCIO (RRSI), no qual se balizou a juíza *a quo* para fixar o *quantum* indenizatório;

(IV) que, por ser microempresa, optante do “simples”, a segurada

era dispensada, segundo o experto, da contabilidade regular, como “Livro Razão” e “Livro Caixa” (fl. 531), fatos esses suscitados pela autora e ratificados pelo perito judicial, em seu interrogatório às fls. 555/556, de onde destacamos o seguinte:

“ ...; Que sendo micro empresa optante do simples, não tinham a obrigatoriedade da inscrição (sic) contábil conforme já mencionado nos autos; ...; Que não existindo contabilidade conseqüentemente também não havia registro de inventário, podendo salientar com relação a esse aspecto, que pelos representantes dos litigantes foi feito um levantamento físico onde foram contadas, pesadas e medidas todas as mercadorias avariadas pelo incêndio; Que nem tudo foi destruído e sim danificado; Que no levantamento feito pelos representantes dos litigantes tudo foi constatado por eles; Que existe um laudo da polícia civil; Que em termos de estoque físico tudo foi verificado por ocasião da inspeção feita pelos próprios litigantes.” (Grifamos)

(V) que, na totalização do valor indenizável, além do representante da empresa incendiada, houve a participação - *in loco* - dos agentes reguladores das próprias seguradoras, não restando comprovado que tal levantamento tenha sido viciado dolosamente pela segurada com a utilização de notas fiscais “frias”, chamando-nos a atenção, nesse particular, o documento de fl. 373, onde o Gerente da seguradora SASSE, de próprio punho, registrou, *in verbis*:

“Caro Espanhol,
Os reguladores da SASSE e AGF ao que tudo indica se desentenderam, por conta, disto, cada um, cuidou do seu laudo e logico com valores diferentes (Segundo AGF, não recebeu o laudo da sua reguladora). AAGF não fez investigação sobre as notas frias. Estas divergências são prejudiciais as duas seguradoras em caso de ação judicial. Gentileza atender AGF. Um abraço, Pedro Custódio de Araújo” . (sic)

(VI) que a existência de tais notas fiscais “frias”, inclusive, é confessada pela segurada às fls. 550/551, todavia para fins de transporte da mercadoria comprada a barraqueiros ou feirantes que não emitem notas fiscais, na localidade de Santa Cruz do Capibaribe-PE (especialmente, na “Feira da Sulanca”), informação esta confirmada pelo perito à fl. 531 (item 15) junto à auditor fiscal local e que demonstra a pré-existência de tais notas e a motivação de sua utilização, alheia, portanto, ao rescaldo e à apuração dos prejuízos indenizáveis;

(VII) que, não obstante o confessado ilícito fiscal, o prefalado

RELATÓRIO DE REGULAÇÃO DE SINISTRO INCÊNCIO (RRSI) foi confeccionado a mando da própria seguradora (SASSE) e reflete os dados colhidos mediante vistoria junto ao prédio incendiado, com base naquilo que restou do incêndio, e não na contabilidade da empresa, menos ainda em notas “frias” (fl. 166), fato este que afasta a tese de locupletamento como justa causa à quebra contratual;

(VIII) que, além de não haver vício na contratação, as cláusulas contratuais nas quais se embasaram as seguradoras para denegar a cobertura à segurada (transcritas, respectivamente, às fls. 386/387 e à fl. 459-verso) pressupõem a existência de intenção dolosa por parte da sinistrada - *in casu*, a utilização fraudulenta de notas fiscais frias junto às seguradoras para fins espúrios - o que, *in specie*, não restou demonstrado pelas rés nem se confunde ao ilícito fiscal confessado, que tem, como sujeito passivo, a fazenda pública;

(IX) finalmente, a existência de notas fiscais “frias”, além de não representar causa agravante do risco de incêndio, não refletiu na apuração dos danos indenizáveis, haja vista que tais notas foram desconsideradas quando da apuração dos danos (ver fl. 166, 1º parágrafo, e fl. 304, item 02), não se configurando - *in specie* - como causa impeditiva, modificativa ou extintiva do direito à indenização postulada, restando incólumes os artigos 159⁷; 1.443⁸; 1.444⁹; 1.454¹⁰, do antigo CCB, com a ponderação imposta pelo art. 1.456¹¹, do citado diploma legal.

O *Superior Tribunal de Justiça*, já decidiu, quando do julgamento do REsp Nº 327.261/MG, *in verbis*:

“EMENTA: PROCESSO CIVIL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO. SEGURO. PERDA TOTAL. ALEGAÇÃO DE FRAUDE. NÃO COMPROVAÇÃO. ART. 333, II, CPC. PROVA. VALORAÇÃO. QUANTUM. ENTENDIMENTO DA CORTE. RECURSO PROVIDO.

I - É da parte ré o ônus de provar fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor, nos termos do art. 333, II, CPC.

II - Como cediço, a má-fé não se presume. Não provada pela ré a alegada fraude, impõe-se o acolhimento do pedido.

III - A valoração da prova, diferentemente do simples reexame, pressupõe contrariedade a um princípio ou a regra jurídica no campo probatório.

IV - Na linha da orientação firmada na Segunda Seção, tratando-se de perda total do veículo, a indenização a ser paga pela seguradora deve tomar como base a quantia ajustada na apólice (art. 1.462, CC), sobre a qual é cobrado o prêmio.” (RESP. 327.262/MG, Rel. Ministro SÁLVIO DE FIGUEIREDO TEIXEIRA, QUARTA TURMA, julgado em 16.10.2001, DJ 04.02.2002, p. 388).

De igual forma o entendimento do *Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul*, *verbis*:

“EMENTA: SEGURO. INCÊNDIO. PERDA TOTAL. BOA-FÉ DO SEGURADO. SUSPEITA DE FRAUDE INCOMPROVADA. (...). Tendo os contratos de seguro, como regra, a obrigação da seguradora em indenizar o dano sofrido pelo segurado, caso venha ocorrer a álea prevista, é seu o ônus de provar a existência de fato modificativo, impeditivo ou extintivo do direito da parte autora. (...) RECURSO PROVIDO EM PARTE.” (Apelação Cível N. 70009052028, Quinta Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Ana Maria Nedel Scalzilli, julgado em 07/07/2005.)

Diante disso, filio-me, no que tange ao somatório dos danos materiais (prédio – R\$ 1.172,06; móveis e utensílios – R\$ 2.048,67; máquinas – R\$ 3.124,80; mercadorias – R\$ 70.910,02), ao entendimento esposado na sentença, ao meu ver equilibrado e coerente aos fatos, às provas e às normas que regulam a matéria, restando afastada qualquer farpa aos princípios da boa-fé contratual e da veracidade das declarações suficientes à extinção do seguro, sem perder de vista a hipossuficiência daqueles que firmam contratos de adesão, em especial, à luz das normas consumeristas, bem como à necessidade de correlação entre o valor indenizável e os prejuízos efetivamente sofridos e comprovados pelo sinistrado.

3.2. DO DANO NEGATIVO OU LUCRO CESSANTE:

Segundo o magistério da renomada jurista *Maria Helena Diniz*, na apuração das perdas e danos estão englobados os danos positivos (ou emergentes) e os danos negativos (ou lucros cessantes), conforme se vê:

“**Perdas e danos.** Seriam as perdas e danos o equivalente do prejuízo suportado pelo credor em virtude de o devedor não ter cumprido, total ou parcialmente, absoluta ou relativamente, a obrigação, expressando-se numa soma de dinheiro correspondente ao desequilíbrio sofrido pelo lesado (RT, 446: 91 ...). **Dano emergente e lucro cessante.** Para conceder a indenização de perdas e danos, o juiz deverá considerar se houve: dano positivo ou emergente, que consiste num *déficit* real no patrimônio do credor, e dano negativo ou lucro cessante, relativo à privação de um ganho pelo credor, ou seja, o lucro que ele deixou de auferir em razão do descumprimento da obrigação pelo devedor (RT, 434:163...)”¹² (Grifamos)

No meu sentir, *permissa venia*, parece-me desarrazoado impor às rés o pagamento de lucros cessantes “... **pelo número de dias decorridos da data do evento até ao do efetivo e real pagamento da indenização não paga.**” (fl. 590 – grifamos), notadamente quanto ao *dies ad quem*, dado o tempo de conclusão da querela, que já conta com quase 09 (nove) anos, lembrando que, a indenização aqui discutida, não decorre de lesão física ou de outra ofensa à saúde que importe em lucros cessantes até o fim da convalescença, de que trata do art. 949, do CCB¹³.

A bem da verdade, não obstante ser possível o abreviamento da lide pela via da composição, o término desta demanda, vencida ainda a fase liquidatória, certamente coincidirá com a execução do julgado, cuja data é sabidamente **indeterminável**, fato este que poderá acarretar às seguradoras uma condenação em lucros cessantes fora dos limites da razoabilidade, se mantido o interregno imposto na sentença (desde a data do incêndio ocorrido em 21/03/2000 até a data do efetivo pagamento da indenização).

A antiga legislação civilista, vigente à época do sinistro, com correspondência legislativa parcial aos atuais artigos 402 e 403, do novel CCB, já chamava a atenção do julgador para a razoabilidade quando da fixação dos lucros cessantes. Vejamos:

“Art. 1.059. Salvo as exceções previstas neste Código, de modo expresso, as perdas e danos devidos ao credor abrangem, além do que ele efetivamente perdeu, o que **razoavelmente** deixou de lucrar. Parágrafo único. **O devedor, porém, que não pagou no tempo e forma devidos, só responde pelos lucros, que foram ou podiam ser previstos na data da obrigação.**”

“Art. 1.060. Ainda que a inexecução resulte de dolo do devedor, as perdas e danos só incluem os prejuízos efetivos e os **lucros cessantes por efeito dela direto e imediato.**”

Sobre o assunto, o *Superior Tribunal de Justiça*, recentemente, em caso similar, decidiu, *in verbis*:

“RESPONSABILIDADE CIVIL. VIOLAÇÃO DO ARTIGO 159 DO CÓDIGO CIVIL DE 1916. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL CONFIGURADO. CONTRATO DE SEGURO. INADIMPLÊNCIA DA SEGURADORA. RECUSA INJUSTIFICADA AO PAGAMENTO DA APÓLICE. ÓBICE À

RETOMADA DA ATIVIDADE EMPRESARIAL.
NECESSIDADE DE REPARAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE DE
LIMITAÇÃO PELO VALOR DA APÓLICE.

1. Não se conhece do recurso especial no tocante à alegação de afronta ao art. 159, do CC/1916, ante a ausência de prequestionamento da matéria suscitada, encontrando óbice na Súmula 282/STF.

2. Comprovada a existência de divergência jurisprudencial, com a demonstração da similitude fática dos julgados e da solução jurídica distinta adotada pelas Cortes locais.

3. O atraso indevido no pagamento da indenização securitária consiste em ato ilícito, que impõe reparação própria e de natureza extracontratual, ou seja, com amparo nas normas relativas à responsabilidade civil.

4. Desnecessária contestação específica quanto ao valor atribuído à indenização de lucros cessantes pela exordial, quando o réu ataca, de forma mais abrangente, a existência do vínculo obrigacional em que se funda.

5. Sendo impossível quantificar o dano sofrido pela autora, impõe-se sua apuração detalhada em liquidação de sentença, a ser realizada por artigos.

6. A indenização em lucros cessantes deve levar em consideração o “tempo razoável” para prolongamento das atividades da empresa, assim como o efetivo lucro líquido anteriormente percebido.

Recurso especial conhecido e provido.”(REsp 631.198/RJ, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 02/10/2008, DJe 13/10/2008)

Do citado excerto, extraímos:

**“VOTO
O EXMO. SR. MINISTRO LUIS FELIPE
SALOMÃO (Relator):**

2. A controvérsia contida no recurso especial é relativa ao cabimento de perdas e danos, decorrentes da recusa injustificada da seguradora ao pagamento do valor indenizatório constante da apólice. A recorrente alega fazer jus aos lucros cessantes, pois ficou impossibilitada de retomar suas atividades após o sinistro, ocasionando a perda total de seu estabelecimento empresarial.

...

Na hipótese dos autos, o atraso indevido no pagamento da indenização securitária consiste em ato ilícito, que impõe reparação própria e de natureza extracontratual, ou seja, com amparo nas normas relativas à responsabilidade civil. Logo, rege-se por regramento diverso da verba decorrente de indenização securitária, que possui natureza contratual e está adstrita ao valor máximo da apólice pactuada. As referidas verbas não se confundem, na medida em que possuem origem e natureza jurídica distintas.

...

Por fim, não merece prosperar a arguição de que a indenização em lucros cessantes deve ser fixada no patamar indicado na exordial, por não haver sido rebatido pela requerida.

Observa-se que a seguradora manifestou-se especificamente acerca da demanda de indenização extracontratual, sendo irrelevante que não tenha rebatido os valores mencionados, quando ataca, de forma mais abrangente, a existência do vínculo obrigacional em que se funda.

Dessa forma, sendo impossível, nesta instância recursal, quantificar o dano sofrido pela autora, impõe-se sua apuração detalhada em procedimento próprio de liquidação de sentença, que deverá ser realizada por artigos (art. 475-E, do CPC).

Recomenda-se que, nesta fase, como parâmetros para fixação da indenização, seja considerado “tempo razoável” para efeito de suposto prolongamento das atividades da empresa, assim também observado o efetivo lucro líquido para efeito de imposto de renda, de modo a não se exacerbar o valor indenizatório, acarretando enriquecimento sem causa.

3. Ante o exposto, conheço do recurso especial e dou-lhe provimento para

condenar a recorrida ao pagamento de lucros cessantes,

em valor a ser estabelecido em liquidação de sentença, realizada por artigos.
É como voto”. (Grifos nossos)

Sem dúvida, as partes promovidas devem arcar com o ônus de reparar os prejuízos sofridos pela autora quanto aos lucros cessantes, todavia, tal obrigação somente pode ser enfrentada em sede de liquidação de sentença, sendo oportuno lembrar que “[...] *A liquidação está limitada a integrar à sentença civil condenatória genérica o elemento declaratório relativo à **quantificação do valor** ou à determinação do objeto da obrigação.*”¹⁴ (Negrito).

A pretensão referente aos lucros cessantes está ligada ao prejuízo, o qual emerge da certeza do não cumprimento do contrato por parte das seguradoras, bem como das inevitáveis conseqüências financeiras, o que deve ser quantificado e apurado em liquidação de sentença, mediante artigos, com base no contraditório e na ampla defesa.

Questão do montante devido que fica inteiramente remetida àquela fase, de modo a que sejam propiciadas ao julgador as provas da frustração do lucro que teria sido auferido, não fosse o inadimplemento das contratadas, possibilitando a fixação do valor líquido correspondente.

Ad argumentandum, o Contrato de Abertura de Crédito em Conta Corrente para descontos de cheques, firmado pela segurada em 15/05/2000, logo após o rescaldo, no limite de R\$ 8.000,00 (oito mil reais), objeto – inclusive - de Ação Ordinária de Cobrança Nº 2002.02.35302-8, apontado pelo perito judicial à fl. 529, não comprova, ao contrário do que diz a *AGF Brasil Seguros S/A* em sua apelação (fl. 617), a existência de capital de giro suficiente à retomada das atividades empresariais da sinistrada diante das avarias sofridas em decorrência do incêndio, o que reforça a necessidade de os lucros cessantes serem devidamente liquidados, na forma do art. 475-E, do CPC.

Diante disso e dada a impossibilidade da quantificação, nesta instância *ad quem*, dos danos negativos, o que não se confunde com a existência do dano em si, ora confirmado, ENTENDO, à luz do excerto transcrito e de outros precedentes daquela Corte¹⁵, que os lucros cessantes deverão ser apurados em liquidação por artigos, nos termos do art. 475-E, do CPC, inclusive quanto ao valor da diária, considerados o tempo razoável para efeito de suposto prolongamento das atividades da segurada e o real lucro líquido da empresa para fins de imposto de renda, evitando-se, dessa forma, o enriquecimento ilícito da indenizada.

3.3. DOS DANOS MORAIS:

A juíza monocrática, ao julgar improcedentes os danos morais por entender que a recusa ao pagamento do seguro se arrimou em cláusula contratual, restando afastado “...o *intuito de causar dano à postulante*.” (fl. 590), motivou o apelo da empresa segurada (fls. 594/604), contra o qual não foram apresentadas contra-razões, não obstante intimadas, as seguradoras, para tanto (fl. 606 e verso).

Vale registrar, de logo, que, segundo o entendimento pacificado na Súmula 227/STJ, “*A pessoa jurídica pode sofrer dano moral*.”. E, ainda, de acordo com a Súmula 37/STJ, “*São cumuláveis as indenizações por dano material e dano moral oriundos do mesmo fato*.”

No que se refere ao dano moral, a mera demonstração dos fatos ensejadores do abalo comercial, ocasionado por uma conduta ilícita ou culposa, *in casu* o retardamento do pagamento do prêmio contratado com as empresa seguradoras, é suficiente à procedência do pleito. Nesse sentido, o entendimento do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, *in litteris*:

“EMENTA: OBRIGAÇÕES. AÇÃO DE COBRANÇA. SEGURO CONTRA INCÊNDIO. IMPONTUALIDADE CONTRATUAL. LUCROS CESSANTES E DANOS MORAIS. O descumprimento do contrato de seguro obriga a seguradora, comprovado o sinistro, ao cumprimento integral da obrigação. Lucros cessantes devidos, ainda que não previstos na apólice, porquanto decorrentes de dano extracontratual. **Dano moral, afrontada a pessoa jurídica em sua reputação comercial, refletindo-se no meio em que desenvolve suas atividades, a indenização é devida.** Valores indenizáveis mantidos. Responsabilidade integral das seguradoras, com direito de regresso contra o denunciado da lide. Juros legais a contar da citação. Adoção do IGP-M como indexador. Honorários mantidos. Apelo da autora parcialmente provido. (...)” (Grifo não original) (Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Apelação Cível nº 595085333, Terceira Câmara Cível, Relator: Luiz Ari Azambuja Ramos, Julgado em 04/06/1998).

“EMENTA: SEGURO CONTRA INCÊNDIO. NÃO CUMPRIMENTO DO CONTRATO PELA SEGURADORA. LUCROS CESSANTES. DANOS MORAIS E SEU CABIMENTO EM RELAÇÃO À PESSOA JURÍDICA. DESERÇÃO.

O não cumprimento integral do contrato de seguro, obriga a seguradora ao pagamento de lucros cessantes, ainda que não previstos na apólice, pois dita indenização decorre não de obrigação contratual, mas sim de dano extrajudicial. Sofrendo agressões quanto à sua honorabilidade comercial, a pessoa jurídica faz jus a indenização

por danos morais pela diminuição da posição que desfruta no meio em que desenvolve suas atividades. admite-se a cumulação do dano patrimonial com dano moral. (...) Apelação não provida.” (TJRS. Processo nº595085333, Terceira Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Flávio Pancaro da Silva, julgado em 03/08/1995).

O Desembargador *Benedicto Abicair*, do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, em artigo publicado pelo periódico “Justiça e Cidadania”, edição 85 de agosto de 2007, explanou sobre o tema, *in litteris*:

“No tocante à prova do dano, conceito, credibilidade e imagem, por se tratar de algo imaterial ou ideal, não pode ser feita pelos mesmos meios utilizados para a comprovação do dano material, já que nem sempre é possível exigir-se do lesado que comprove a ofensa à sua imagem, credibilidade e/ou conceito, posto que, havendo tal possibilidade, ter-se-ia o dano material. Sob este enfoque, vale nos socorrermos, por analogia, da melhor doutrina e jurisprudência que entende, no tocante à pessoa natural, que o dano moral está ínsito na própria ofensa, decorrendo da gravidade do ilícito em si, existindo in re ipsa, ou seja, comprovada a ofensa, demonstrado estará o referido dano em decorrência de uma presunção natural, justificando-se, no caso de Pessoa Jurídica, o reparo pelo dano causado à imagem, conceito ou credibilidade.” (Grifamos) (*In* Justiça & Cidadania. Des. Benedicto Abicair. Edição 85, agosto de 2007. Pág. 44.)

Não obstante a presunção natural da decorrência de dano moral configurado o ilícito em si, resta comprovado nestes autos que o não pagamento a contento do seguro em questão impediu a retomada das atividades empresariais pela sinistrada, cuja paralisação afetou a sua credibilidade comercial, dada a perda de negócios e de faturamento (ver fl. 05 e fl. 600). E mais.

Além dos comezinhos dissabores, a cobrança judicial dos aluguéis do prédio sinistrado (Ação de Cobrança – fls. 98/100) e o comprometimento do patrimônio pessoal dos sócios (mandado de citação, penhora e depósito – fl. 572), aviltaram a reputação, o bom nome, a boa fama e o prestígio da promovente e de seus representantes perante à sociedade.

Referindo-se ao *quantum* do dano moral, pleiteia a apelante a condenação das seguradoras em R\$ 100.000,00 (cem mil reais), metade para cada, “... corrigidos da data do evento até seu efetivo pagamento pela correção do INPC, acrescidos de juros moratórios de 0,5% am.” (fl. 604).

Não obstante considerar justa a indenização pelo abalo moral, convém atentarmos para a reflexão do Desembargador acima destacado, a saber:

“No que tange ao *quantum* indenizatório, assim como no dano moral à pessoa natural, não há valores fixos, nem tabelas preestabelecidas para o arbitramento do dano. Essa tarefa cabe ao juiz, no exame de cada caso concreto, observando os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, utilizando-se de seu bom senso prático.”

E, ainda:

“A indenização, eventualmente devida, à pessoa jurídica atingida pela conduta ilícita de outrem não visa propiciar um enriquecimento ao lesado, e sim minimizar as conseqüências. A indenização deve ser suficiente para reparar o dano de forma completa e nada mais, sob pena de consubstanciar-se em fonte de lucro para o lesado.” (p. 44).

Reporto-me ao art. 944, do novo Código Civil, sem correspondência legislativa no anterior:

“Art. 944. A indenização mede-se pela extensão do dano.
Parágrafo único. Se houver excessiva desproporção entre a gravidade da culpa e o dano, poderá o juiz reduzir, eqüitativamente, a indenização.”

Nesse aspecto, ponderada a equação entre **a justa composição e a vedação ao enriquecimento ilícito** (STJ, REsp 773.853/RS), com olhos voltados à razoabilidade, às peculiaridades do caso concreto, à situação econômica e social das partes, à repercussão econômica da indenização, à gravidade da lesão; sopesando, outrossim, os motivos da recusa das rés em adimplirem o áleo e os reveses sofridos pela segurada, que gozava de boa reputação na praça, conforme atestam as certidões cartorárias e as declarações de seus fornecedores e do Banco do Brasil (fls. 106/115), não rechaçadas pelas promovidas, **FIXO os danos morais em R\$ 50.000 (cinquenta mil reais)**, valor este que a mim se afigura consentâneo aos **caracteres compensatório e punitivo** da verba reparatória, a ser dividido, em partes iguais, entre as seguradoras.

A respeito dos **juros moratórios** e da **correção monetária**, convém ressaltar que são devidos porquanto o pedido principal compreende todos os demais **consectários legais**, os quais decorrem da lei e não da vontade das partes, consoante previsão do art. 293 do Código de Processo Civil:

“**Art. 293.** Os pedidos são interpretados restritivamente, compreendendo-se, entretanto, no principal os juros legais.”

Sobre o assunto, *Cássio Scarpinella Bueno* ensina:

“O art. 293, na verdade, apenas evidencia que **determinados consectários, que deverão constar da sentença, decorrem do ‘ser’ público do processo e, por essa razão, sequer dependem de manifestação de vontade do interessado. Trata-se, na verdade, de verdadeira imposição, que decorre imediatamente da lei – e, pois, que não depende da vontade do autor ou do réu – e da qual não pode o magistrado desviar-se.** [...]”

Além dos **juros**, o art. 293 compreende os seguintes consectários legais: (a) **correção monetária** das dívidas de valor; (b) condenação do vencido no pagamento das verbas de **sucumbência**, aí incluídos os **honorários** de advogado; e (c) as **prestações periódicas** a que se refere o art. 290. No que diz respeito à correção monetária, a ausência de pedido expresso deve significar que seu cômputo deverá se dar na forma do contrato ou, no seu silêncio, consoante a lei aplicável à espécie.” (BUENO, Cássio Scarpinella. *In*: MARCATO, Antônio Carlos. **Código de processo civil interpretado**. 3ª ed. São Paulo: Atlas, 2008, p. 966.)

No mesmo sentido, Nelson Nery Júnior e Rosa Maria de Andrade Nery referem-se aos denominados “*pedidos implícitos*”:

“Há alguns pedidos que se encontram compreendidos na petição inicial, como se fossem **pedidos implícitos**. Isto porque **seu exame decorre da lei, prescindindo de alegação expressa do autor**. São eles os de a) **juros legais** (CPC 293); b) **juros de mora** (CPC 219); c) **correção monetária** (LCM), porque mera atualização da moeda, não se constituindo em nenhuma vantagem para o autor que não a pediu; d) despesas processuais e honorários advocatícios (CPC 20); e) pedido de prestações periódicas vincendas (CPC 290).”

O Superior Tribunal de Justiça registra os seguintes precedentes:

“A correção monetária independe de pedido expresso da parte interessada, não constituindo um *plus* que se acrescenta ao crédito, mas um *minus* que se evita, vale dizer: a correção monetária plena é mecanismo mediante o qual se busca a recomposição da efetiva desvalorização da moeda, a fim de se preservar o poder aquisitivo original.” (STJ, Primeira Turma, **AgRg no REsp 905.603/RJ**, Rel. Ministro Luiz Fux, julgado em 09.09.2008, DJe 29.09.2008.)

“[...] 1. ‘A incidência da correção monetária sobre o valor objeto da condenação se dá, como os juros de mora, *ex vi legis* (Lei

6.899/81), sendo, por essa razão, independente de pedido expresso e de determinação pela sentença, na qual se considera implicitamente incluída. [...] (EREsp 711.276/SP, 1ª Seção, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, DJ de 26.9.2005). 2. Segundo a orientação firmada no Superior Tribunal de Justiça, **tanto a incidência de correção monetária como a de juros legais independe de pedido expresso na exordial, podendo, inclusive, ser incluídos em segundo grau de jurisdição, ainda que a sentença seja omissa a respeito de sua fixação e não haja recurso da parte interessada.** Isso, porque essas parcelas decorrem de imposição legal. 3. Agravo regimental desprovido.” (STJ, Primeira Turma, **AgRg no REsp 912.623/RJ**, Rel. Ministra Denise Arruda, julgado em 05.08.2008, DJe 20.08.2008.)

O Supremo Tribunal Federal também possui entendimento sumulado sobre a questão:

“Incluem-se os juros moratórios na liquidação, embora omissos o pedido inicial ou a condenação.”(STF, **Súmula nº 254**, aprovada em Sessão Plenária de 13.12.1963.)

Os **termos iniciais** para incidência das mencionadas parcelas são distintos. Os **juros moratórios** devem ser calculados desde o evento danoso, enquanto que a **correção monetária** incide a partir da data de arbitramento do *quantum* indenizatório, nos termos dos seguintes enunciados do Superior Tribunal de Justiça:

“Os juros moratórios fluem a partir do evento danoso, em caso de responsabilidade extracontratual.” (STJ, Corte Especial, **Súmula nº 54**, julgado em 24.09.1992, DJ 01.10.1992.)

“A correção monetária do valor da indenização do dano moral incide desde a data do arbitramento.” (STJ, Corte Especial, **Súmula nº 362**, julgado em 15.10.2008, DJe 03.11.2008.)

Daquela Corte Superior, pode ser destacado o seguinte julgado, o qual ratificou, em recentíssima assentada, o entendimento ali sumulado, *in verbis*:

“CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. DIREITO DE INFORMAR. ABUSO. DANOS MORAIS. MAJORAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. TERMO INICIAL DA CORREÇÃO MONETÁRIA E DOS JUROS REMUNERATÓRIOS.

1. Programa de televisão que veicula reportagem, por mais de uma vez, apontando prática de necrofilia, exibindo o corpo da esposa, mãe, filha e irmã dos autores, em decúbito ventral, divulgando sua

identificação e anunciado a violação de seu título.

2. A pretensão de majorar o valor da indenização a título de danos morais, em sede de recurso especial, somente é admitida quando o valor fixado for excessivo ou irrisório, o que se verifica na espécie. Dessa forma, considerando-se as peculiaridades do caso, bem como os padrões adotados por esta Corte na fixação do *quantum* indenizatório a título de danos morais, aumento o valor da indenização para R\$ 270.000,00 (duzentos e setenta mil reais), ou seja, R\$ 30.000,00 (trinta mil reais) para cada autor.

3. Na indenização por dano moral, o termo inicial da correção monetária é a data em que o valor foi fixado, portanto, no caso, a data do acórdão no STJ. Incidência da Súmula 362/STJ.

4. Nas indenizações por ato ilícito, os juros de mora têm início a partir do evento danoso. Incidência da Súmula 54/STJ.

5. Recurso especial conhecido em parte e, nesta parte, provido para determinar a aumento da indenização a título de danos morais para o valor de R\$ 270.000,00 (duzentos e setenta mil reais) e para estabelecer que o termo inicial dos juros moratórios sobre o valor da indenização a título de danos morais é a data do evento danoso.” (Grifos nossos)(REsp 502.536/PR, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 05/05/2009, DJe 25/05/2009)

Quanto à forma de cálculo dos juros moratórios, devem ser observadas as regras de direito intertemporal, aplicando-se à mora relativa ao período anterior à vigência do novo Código Civil as disposições do revogado Código Civil de 1916, regendo-se o período posterior pelo diploma civil superveniente.

Desse modo, os juros moratórios devem ser calculados, a partir do evento danoso, à base de 0,5% ao mês (artigo 1.062 do Código Civil de 1916) até a entrada em vigor do Código Civil de 2002 (Lei nº 10.406/2002). A partir da vigência do Código Civil de 2002, os juros moratórios deverão observar a taxa que estiver em vigor para a mora do pagamento de impostos devidos à Fazenda Nacional (artigo 406), qual seja, a taxa de 1% ao mês, expressamente definida pelo art. 161, § 1º, do Código Tributário Nacional.

Nesse sentido, indico os seguintes precedentes da jurisprudência desta Corte Estadual e do Superior Tribunal de Justiça:

“Os juros moratórios serão aplicados à taxa de 6% anual, até a entrada em vigor do NCCB, subindo para 12% ao ano, após este termo, sendo contados de modo simples.” (TJ/CE, 3ª Câmara Cível, Agravo de Instrumento nº 2006.0008.5938-9/0, Rel. Des. José Arísio Lopes da Costa, julgado em 10.12.2007, DJ/CE 10.01.2008.)

“Os juros moratórios devem ser calculados na forma do art. 1.062 do Código Civil anterior até a vigência do atual, a partir de quando deve ser observado o art. 406.” (STJ, Terceira Turma, AgRg no Ag 915.165/RJ, Rel. Ministro Sidnei Beneti, julgado em 23.09.2008, DJe 20.10.2008.)

“AGRAVO REGIMENTAL. JUROS DE MORA. NOVO CÓDIGO CIVIL. RELAÇÃO JURÍDICA ENTRE PARTICULARES. INAPLICABILIDADE DA SELIC. PRETENSÃO DE PÓS-QUESTIONAR. INVIABILIDADE. 1. **Até a data da entrada em vigor do novo Código Civil, os juros moratórios são regulados pelo artigo 1.062 do Código Beviláqua. Depois daquela data, aplica-se a taxa prevista no artigo 406 do atual Código Civil, na razão de 1 % ao mês.** 2. A taxa SELIC tem aplicação específica a casos previstos em Lei, tais como restituição ou compensação de tributos federais. Não é a ela que se refere o Art. 406 do novo Código Civil, mas ao percentual previsto no **Art. 161, § 1º, do CTN.** 3. Em recurso especial não se acolhe a pretensão de pós-questionar dispositivos constitucionais.” (STJ, Terceira Turma, AgRg no REsp 727.842/SP, Rel. Ministro Humberto Gomes de Barros, julgado em 03.12.2007, DJ 14.12.2007.)

“AGRAVO REGIMENTAL. RESPONSABILIDADE EXTRA CONTRATUAL. DANOS MORAIS. **JUROS DE MORA. TERMO INICIAL. EVENTO DANOSO. SÚMULA 54/STJ. PERCENTUAL DE 0,5% AO MÊS ATÉ O CC/2002 E DE 1% APÓS O REFERIDO DIPLOMA. ART. 406 DO CÓDIGO CIVIL DE 2002. APLICABILIDADE. AGRAVO IMPROVIDO.** 1. Esta Corte de Justiça já firmou entendimento que, **nos caso de responsabilidade extracontratual, os juros de mora devem ser fixados no percentual de 6% (seis por cento) ao ano, contados a partir do evento danoso até o advento do Novo Código Civil, quando serão calculados nos termos de seu art. 406.** 2. Recurso improvido.” (STJ, Quarta Turma, AgRg no Ag 694.895/RJ, Rel. Ministro Hélio Quaglia Barbosa, julgado em 28.08.2007, DJ 17.09.2007.)

“PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. ART. 535 DO CPC. OMISSÃO. **JUROS DE MORA. ARTS. 406 DO CC/2002 E 1.062 DO CC/1916. DANO MORAL. CORREÇÃO MONETÁRIA TERMO INICIAL. ARBITRAMENTO DA INDENIZAÇÃO.** 1. Não é omissa o aresto que decide de forma fundamentada e suficiente os pontos suscitados, descabendo-se cogitar de negativa da prestação jurisdicional somente porque o julgado é contrário ao interesse da parte. 2. **Os juros de mora devem incidir à taxa de 0,5% ao mês (art. 1.062 do CC/1916)**

até a entrada em vigor do Novo Código, quando deverão ser calculados à taxa de 1% ao mês (art. 406 do CC/2002). Precedentes. 3. Nas ações de indenização por danos morais, o termo inicial de incidência da atualização monetária é a data em que quantificada a indenização, pois, ao fixá-la, o julgador já leva em consideração o poder aquisitivo da moeda. Precedentes. 4. Recurso especial provido em parte.” (STJ, Segunda Turma, REsp 899.719/RJ, Rel. Ministro Castro Meira, julgado em 14.08.2007, DJ 27.08.2007.)

“A partir da vigência do CC/02, aplicam-se juros de mora de 1% ao mês, nos termos de reiterados precedentes da 3ª e da 4ª Turma.” (STJ, Terceira Turma, REsp 918.257/SP, Rel. Ministra Nancy Andrighi, julgado em 03.05.2007, DJ 23.11.2007.)

“PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. RECURSO ESPECIAL. RESPONSABILIDADE CIVIL EXTRACONTRATUAL. INDENIZAÇÃO. DANOS MORAIS E MATERIAIS. ALEGADA OFENSA AO ART. 535, II, DO CPC. NÃO-OCORRÊNCIA. JUROS MORATÓRIOS. ÍNDICE. VIOLAÇÃO DO ART. 406 DO CC/2002. PRECEDENTES. PARCIAL PROVIMENTO. 1. Não viola o art. 535 do CPC, nem importa negativa de prestação jurisdicional, o acórdão que, mesmo sem ter examinado individualmente cada um dos argumentos trazidos pela parte, adotou, entretanto, fundamentação suficiente para decidir de modo integral a questão controvertida. 2. Aplica-se o índice de 6% ao ano (CC/1916, art. 1.062), da data do ato lesivo até a entrada em vigor do CC/2002; a partir dessa data, incide a taxa que estiver em vigor para a mora do pagamento de impostos devidos à Fazenda Nacional (CC/2002, art. 406). 3. A interpretação do art. 406 do CC/2002, c/c o 161, § 1º, do CTN, recomenda a aplicação de juros moratórios de 12% ao ano, a partir da vigência do CC/2002 (11.1.2003). 4. Recurso especial parcialmente provido.” (STJ, Primeira Turma, REsp 830.189/PR, Rel. Ministra Denise Arruda, julgado em 21.11.2006, DJ 07.12.2006.)

A correção monetária da indenização por danos morais, incidente desde a data do seu arbitramento, observará o **Índice Nacional de Preços ao Consumidor — INPC, divulgado pela Fundação Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística — IBGE**, segundo registram os seguintes julgados desta Câmara Cível e do Superior Tribunal de Justiça:

“A SELIC embute juros de mercado e correção monetária, não se prestando ao cálculo de correção de título executivo judicial. Em seu lugar, aplica-se o INPC, por melhor refletir a inflação do período.” (TJ/CE, 3ª Câmara Cível, Agravo de

Instrumento nº 2006.0008.5938-9/0, Rel. Des. José Arísio Lopes da Costa, julgado em 10.12.2007, DJ/CE 10.01.2008.)

“PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. RECURSO ESPECIAL. **RESPONSABILIDADE CIVIL EXTRACONTRATUAL DO ESTADO. DANO MORAL. [...] CORREÇÃO MONETÁRIA. TERMO INICIAL E ÍNDICE. PRECEDENTES. [...]** 8. A correção monetária incide a partir da data em que foi fixado o seu valor (sentença), pois o juiz, nesse momento, leva em consideração a atual expressão econômica da moeda. Inaplicabilidade da Súmula 43/STJ. 9. Recurso especial parcialmente conhecido e, nessa parte, provido, apenas para se **determinar a incidência da correção monetária a partir da prolação da sentença, segundo a variação do INPC divulgado pelo IBGE (Lei 8.177/91, art. 4º).**” (STJ, Primeira Turma, **REsp 771.926/SC**, Rel. Ministra Denise Arruda, julgado em 20.03.2007, DJ 23.04.2007.)

Finalmente, não há que se cogitar da incidência de **juros compostos**, a que alude o art. 1.544 do Código Civil de 1916, porquanto a capitalização de juros somente é admitida nas hipóteses em que houver trânsito em julgado da sentença penal condenatória, nos termos de jurisprudência uniforme do Superior Tribunal de Justiça e do enunciado na Súmula nº 186 daquela mesma Corte Superior:

“**Nas indenizações por ato ilícito, os juros compostos somente são devidos por aquele que praticou o crime.**” (STJ, Corte Especial, **Súmula nº 186**, julgado em 02.04.1997, DJU 24.04.1997.)

“**Nas indenizações por ato ilícito, os juros compostos somente são devidos por aquele que praticou o crime, hipótese dissociada do caso concreto.**” (STJ, Quarta Turma, **REsp 959.317/ES**, Rel. Ministro Aldir Passarinho Junior, julgado em 26.02.2008, DJe 14.04.2008.)

“**A jurisprudência do STJ é firme em permitir a incidência dos juros compostos apenas quando já houver trânsito em julgado da sentença penal condenatória.**” (STJ, Terceira Turma, **REsp 604.758/RS**, Rel. Ministro Humberto Gomes de Barros, Rel. p/ Acórdão Ministra Nancy Andrighi, julgado em 17.10.2006, DJ 18.12.2006.)

“**Os juros compostos são devidos se o dever de indenizar resulta de ilícito penal e são exigíveis daquele que efetiva e diretamente o haja praticado, disso decorrendo inacolhível a**

pretensão no sentido de que sejam suportados pela empresa preponente.” (STJ, Quarta Turma, REsp 248.764/MG, Rel. Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira, julgado em 09.05.2000, DJ 07.08.2000.)

3.4. DOS ÔNUS SUCUMBENCIAIS:

Finalmente, considerando que a reforma parcial da sentença, ora proposta, altera, *ipso facto*, a distribuição dos encargos da sucumbência, que deixa de ser recíproca diante da procedência dos pleitos, ainda que o valor da indenização tenha sido inferior ao postulado na inicial, ARBITRO os honorários advocatícios em 10% (dez por cento) sobre o valor da condenação, com suporte nos artigos 20, § 3º; 21, § único; e 23, todos do CPC, e na Súmula 326/STJ¹⁶, os quais, somados às custas e às demais despesas processuais, deverão ser suportados integralmente pelas seguradoras e entre elas rateados, metade para cada.

CONCLUSÃO

Diante de todo o exposto, voto pelo **CONHECIMENTO** das apelações interpostas pela autora (segurada) e pelas rés (seguradoras), por observar presentes os pressupostos intrínsecos e extrínsecos de admissibilidade.

Quanto à preliminar, **REJEITO-A**.

No mérito, considerando as particularidades do caso concreto, a intensidade e a repercussão do dano material e moral, os parâmetros adotados em casos semelhantes, especialmente pelo Superior Tribunal de Justiça e, ainda, o princípio da razoabilidade, **DOU PARCIAL PROVIMENTO** às apelações, modificando os termos da sentença recorrida para:

a) determinar a apuração dos **LUCROS CESSANTES** em regular liquidação por artigos, nos termos do art. 475-E, do CPC, segundo precedentes do STJ, inclusive quanto ao valor da diária, considerados o tempo razoável para efeito de suposto prolongamento das atividades da segurada e o real lucro líquido da empresa para fins de imposto de renda, evitando-se, dessa forma, o enriquecimento ilícito da indenizada;

b) condenar as seguradoras ao pagamento de **DANOS MORAIS** à segurada, arbitrados em R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais), valor este a ser dividido, em partes iguais, entre as promovidas, observadas, quanto à aplicação dos juros e da correção monetária, as Súmulas 54 e 362, ambas do STJ, e as demais considerações contidas neste voto;

c) condenar as rés ao pagamento de **HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS**, fixados em 10% (dez por cento) sobre o valor da condenação, com suporte nos artigos 20, § 3º; 21, § único; e 23, todos do CPC, e na Súmula 326/STJ, os quais, somados às custas e às demais despesas processuais, deverão ser suportados integralmente pelas seguradoras e entre elas rateados, metade para cada.

É como voto, tudo nos termos das razões apresentadas, que integram esta decisão, restando, no mais, mantida a sentença.

Fortaleza-CE, 28 de setembro de 2009.

¹Preparo às fls. 605; 619; 634.

²STJ, Primeira Seção, EDcl no MS 11.496/DF, Rel. *Ministro Luiz Fux*, DJU 31.03.2008.

³Súmula 211/STJ: “*Inadmissível recurso especial quanto à questão que, a despeito da oposição de embargos declaratórios, não foi apreciada pelo Tribunal a quo. (CORTE ESPECIAL, julgado em 01/07/1998, DJ 03/08/1998 p. 366)*”

⁴Súmula 282/STF: “*é inadmissível o recurso extraordinário, quando não ventilada, na decisão recorrida, a questão federal suscitada.*”

⁵Súmula 356/STF: “*O ponto omissivo da decisão, sobre o qual não foram opostos embargos declaratórios, não pode ser objeto de recurso extraordinário, por faltar o requisito do prequestionamento.*”

⁶“*Art. 1.432. Considera-se contrato de seguro aquele pelo qual uma das partes se obriga para com a outra, mediante a paga de um prêmio, a indenizá-la do prejuízo resultante de riscos futuros, previstos no contrato. (Redação dada pelo Decreto do Poder Legislativo nº 3.725, de 15.1.1919)*”

⁷“*Art. 159. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência, ou imprudência, violar direito, ou causar prejuízo a outrem, fica obrigado a reparar o dano.*”

A verificação da culpa e a avaliação da responsabilidade regulam-se pelo disposto neste Código, arts. 1.518 a 1.532 e 1.537 a 1.553. (Redação dada pelo Decreto do Poder Legislativo nº 3.725, de 15.1.1919)”

⁸“*Art. 1.443. O segurado e o segurador são obrigados a guardar no contrato a mais estrita boa-fé e veracidade, assim a respeito do objeto, como das circunstâncias e declarações a ele concernentes.*”

⁹“*Art. 1.444. Se o segurado não fizer declarações verdadeiras e completas, omitindo circunstâncias que possam influir na aceitação da proposta ou na taxa do prêmio, perderá o direito ao valor do seguro, e pagará o prêmio vencido.*”

¹⁰“*Art. 1.454. Enquanto vigorar o contrato, o segurado abster-se-á de tudo quanto possa aumentar os riscos, ou seja, contrário aos termos do estipulado, sob pena de perder o direito ao seguro.*”

¹¹“*Art. 1.456. No aplicar a pena do art. 1.454, procederá o juiz com equidade, atentando nas circunstâncias reais, e não em probabilidades infundadas, quanto à agravação dos riscos.*”

¹²DINIZ, Maria Helena. In Código Civil Anotado, Saraiva, 8ª ed., 2002, p. 293.

¹³“*Art. 949. No caso de lesão ou outra ofensa à saúde, o ofensor indenizará o ofendido das despesas do tratamento e dos lucros cessantes até ao fim da convalescença, além de algum outro prejuízo que o ofendido prove haver sofrido.*”

¹⁴LUCON, Paulo Henrique. In: MARCATO, Antônio Carlos (coord.). Código de processo civil interpretado. 3ª ed. São Paulo: Atlas, 2008, p. 1.583-1.584.

¹⁵REsp 906389/PR, Rel. Ministro FERNANDO GONÇALVES, QUARTA TURMA, julgado em 02/09/2008, DJe 20/10/2008.

REsp 411130/DF, Rel. Ministro CARLOS ALBERTO MENEZES DIREITO, TERCEIRA TURMA, julgado em 27/05/2003, DJ 23/06/2003 p. 354.

¹⁶Súmula 326/STJ: “*Na ação de indenização por dano moral, a condenação em montante inferior ao postulado na inicial não implica sucumbência recíproca.*”

PROCESSO Nº 2004.0004.6531-7/0
TIPO DE RECURSO: APELAÇÃO CÍVEL
APELANTE: ESPÓLIO DE D. S. DE O.
APELADA: L. R. DA M.
RELATOR: DESEMBARGADOR FRANCISCO SALES NETO
ÓRGÃO JULGADOR: 1ª CÂMARA CÍVEL

EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL. PRELIMINAR DE NULIDADE POR INOBSERVÂNCIA DA LEGISLAÇÃO APLICÁVEL À ESPÉCIE. ADOÇÃO DO RITO ORDINÁRIO. AUSÊNCIA DE PREJUÍZO. PAS DE NULLITÉ SANS GRIEF. REJEITADA. MÉRITO. SOCIEDADE DE FATO. CONCUBINATO IMPURO. DIREITOS PATRIMÔNIAIS. COMPROVAÇÃO DO ESFORÇO COMUM NA AQUISIÇÃO DE BENS. INTELIGÊNCIA DA SÚMULA Nº 380 DO STF. DIREITO. SENTENÇA MANTIDA.

I. Preliminar de nulidade. Não obstante a recorrida ter nominado a sua ação como “Justificação de Sociedade Concubinária de Fato”, o magistrado *a quo*, durante o trâmite processual, adotou o rito ordinário, de modo que, segundo o brocardo “*pas de nullité sans grief*”, não merece prosperar a aludida preliminar, uma vez que não há de se falar em prejuízo e, tampouco, cerceamento de defesa. Ademais, é irrelevante o equívoco no nome da ação diante da correta aferição do pedido e da causa de pedir e a adoção do rito correspondente. Tanto é fato que, a própria apelante, no decorrer do procedimento, exerceu ampla defesa, contrapondo especificamente as pretensões formuladas pela recorrida.

II. Consoante se apreende da documentação acostada aos autos, durante o curso do relacionamento *sub examine*, a apelada contribuiu para a dilatação do patrimônio do falecido apelado, arcando com os custos decorrentes da aquisição do terreno e IPTU, situação que, inclusive, foi ratificada pelas testemunhas ouvidas em juízo. Desse modo, aplicável a inteligência da súmula nº 380, segundo a qual: “*Comprovada a existência de sociedade de fato entre os concubinos, é cabível a sua dissolução judicial, com a partilha do patrimônio adquirido pelo esforço comum.*”.

III. RECURSO CONHECIDO E IMPROVIDO. SENTENÇA MANTIDA.

A C Ó R D Ã O

Vistos, discutidos e relatados os presentes autos de APELAÇÃO CÍVEL n.º 2004.0004.6531-7/0, em que são partes as pessoas acima indicadas, acorda a Primeira Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, em julgamento de Turma, por unanimidade, tomar conhecimento do recurso interpelado, e, negando-lhe provimento, manter, *in totum*, o provimento jurisdicional vergastado, nos termos do voto do Relator.

R E L A T Ó R I O

Trata os presentes autos de APELAÇÃO CÍVEL manejada pelo espólio de D. S. de O., que, em sede de Ação de Justificação de Sociedade de Concubinária de Fato, julgou procedente o pleito inaugural, determinando que o espólio apelante proceda com a partilha dos bens eventualmente construídos com esforço comum do casal, no curso da sociedade de fato.

Analisando o pleito formulado junto a exordial, o judicante singular, em provimento jurisdicional de fls. 306/310, sustentou a sua concessão com base nos seguintes preceitos:

“Restou incontestável, no curso da ação, haver o casal – L. R. da M. e D. S. de O., no curso desse relacionamento, formado patrimônio construído pelos imóveis localizados na Rua Vital Brasil, nº 1229 e 1233, no bairro Bonsucesso, nesta Capital, como está constatado nos autos.

Em seu prol, trouxe a requerente o depoimento das testemunhas de fls. 284/289, em que se constata que, efetivamente, a requerente teve um relacionamento amoroso com o falecido D. S. de O., que teve seu início no ano de 1970, que perdurou o ano de 1996, data do óbito de D. S. de O., havendo prova, inclusive de um casamento religioso entre a autora e o *de cujus*.

Dúvida não há de que a autora teria contribuído de forma direta na construção do patrimônio imobiliário do falecido D. S. de O., conforme depoimento uníssono das testemunhas ouvidas e arroladas pela parte.

Não restou arrolada pela promovida nenhuma testemunha”

Irresignado com os termos da sentença, o espólio de D. S. de O. interpelou o presente recurso (fls. 314/323), aduzindo, em síntese: I. em sede de preliminar, a nulidade da sentença vergastada por estar incompatível com a legislação aplicável para a espécie (art. 866 da Lei Adjetiva Civil).

No mérito, sustentam que segundo a doutrina, ao concubinato impuro não é salvaguardado o direito à partilha de bens, não havendo, portanto, sustentação legal para o pedido da recorrida, prequestionando, ao final, os arts. 226 da

Constituição Federal e 1º e 3º da Lei nº 8.971/94.

Intimada, a apelada apresentou as contrarrazões de fls. 325/334, pugnando pela manutenção do *decisum* combatido por restar devidamente provado nos autos a sua contribuição na formação patrimonial do falecido.

Ascendidos os autos à instância superior, foram os mesmos com vista à douta Procuradoria Geral de Justiça que, em seu Parecer de fls. 341/348, opinou pelo improvimento do recurso, mantendo-se inalterada a sentença monocrática.

É o relato.

V O T O

1.ADMISSIBILIDADE.

Preenchidos os pressupostos extrínsecos e intrínsecos para sua admissibilidade, conhecimento do recurso apelatório manejado.

Deixo de conhecer do agravo retido de fls. 207/211, uma vez que não foi respeitada a ritologia prevista no art. 523 do Código de Processo Civil.

2.PRELIMINAR. NULIDADE DA SENTENÇA

Preliminarmente, pugna a apelante pela anulação da sentença prolatada pelo magistrado *a quo* por não terem sido respeitadas as normas estampadas no art. 866 da Lei Adjetiva Civil, pois, tratando-se de ação de justificação, a sentença deveria ser meramente homologatória e não mandamental.

Todavia, cabe aqui ressaltar que, não obstante a recorrida ter nominado a sua ação como “Justificação de Sociedade Concubinária de Fato”, o magistrado *a quo*, durante o trâmite processual, adotou o rito ordinário, com Contestação (fls. 33/43), Réplica (fls. 153/158), instrução com depoimento pessoal das partes e oitiva das testemunhas arroladas e Memoriais escritos (fls. 295/302 e 304), de modo que, segundo o ideal do *pas de nullité sans grief*, não merece prosperar a aludida preliminar, uma vez que não há de se falar em prejuízo e, tampouco, cerceamento de defesa.

Ademais, é irrelevante o equívoco no *nome da ação* diante da correta aferição do pedido e da causa de pedir e a adoção do rito correspondente. Tanto é fato que, a própria apelante, no decorrer do trâmite processual, exerceu ampla defesa, contrapondo especificamente as pretensões formuladas pela recorrida.

Rejeitada a preliminar, passo a análise do mérito recursal.

3.MÉRITO RECURSAL: DO CONCUBINATO E SEUS EFEITOS

Conforme já introduzido, o presente feito versa acerca de sociedade concubinária de fato ocorrida no período que intermédia o ano de 1970 e 1996 entre a recorrida e o falecido Sr. D. S. de O., pai da apelante e, à época, casado.

Consoante se apreende da documentação acostada às fls. 11/20 e 139/147, durante o curso desse relacionamento, a apelada contribuiu para a construção dos imóveis localizados à Rua Vital Brasil, nº 1229 e 1233, no bairro Bonsucesso, nesta urbe, arcando com os custos decorrentes da aquisição do terreno e IPTU, situação que, inclusive, foi ratificada pelas testemunhas ouvidas em juízo às fls. 284/289, segundo fragmentos que passo a reproduzir:

“[...] que o depoente esclarece que chegou primeiro no bairro Bom Sucesso, onde mora há trinta e três anos, depois é que chegaram a autora e o falecido D.; que, de início, nesse local havia apenas um terreno, depois que o falecido e dona L. construíram esses imóveis; que esse terreno foi adquirido depois que chegaram lá; que depois é que D. e a autora começaram a construir as casas; [...]” (fls. 284/285).

“[...] que a autora convivera com o falecido D. até a data de sua morte; que a depoente esclarece que a autora contribuiu na formação do patrimônio do falecido D. na construção de casas na Vital Brasil, bairro Bom Sucesso; [...] que a depoente esclarece que a autora e o falecido D. compraram terreno no bairro Bom Sucesso e começaram a edificar casas, construindo três casas, depois construíram esse duplex na frente dessas casas” (fls. 286/287).

“[...] que a depoente esclarece que durante esse relacionamento da autora com o falecido D., ela autora contribuiu na formação de três casas e um ponto de comércio no bairro Bom Sucesso; [...] que a depoente esclarece que Dona L. e o falecido D. construíram três casas e um ponto de comércio, onde o falecido D. morou com a requerente, sendo, ainda hoje residência da autora. (fls. 288/289).

Noticia ainda o presente caderno processual, consoante certidão de casamento de fl. 10, que a recorrida e o genitor da apelante contraíram núpcias através de matrimônio religioso no ano de 1994, após o falecimento da esposa do *de cujus*.

Resta, portanto, insofismável o papel desempenhado pela apelada para a dilatação do patrimônio do falecido Sr. D. S. de O., de modo que, por se tratar de uma relação que precede à edição da Lei n.º 9.278/96, é aplicável ao caso concreto a orientação jurisprudencial consolidada no enunciado da Súmula n.º 380 do Supremo Tribunal Federal, no sentido de que: “*comprovada a existência de sociedade de fato entre os concubinos, é cabível sua dissolução judicial com a partilha do patrimônio adquirido pelo esforço comum*”.

Ademais, acerca dos direitos da concubina cabe aqui registrar o seguinte ensinamento do insigne doutrinador Sílvio de Salvo Venosa, *in* Direito Civil, sexta edição, Volume VI - Direito de Família, Atlas, p.39, no sentido de que:

[...] foi longa a escalada para a assimilação legal da união estável pelo direito pátrio. A jurisprudência, de início, reconheceu direitos obrigacionais no desfazimento da sociedade conjugal concubinária, determinando a divisão entre os cônjuges do patrimônio amealhado pelo esforço comum. Em outras situações, quando isso não era possível, para impedir o desamparo da concubina, os tribunais concediam a ela (ou excepcionalmente a ele) uma indenização por serviços domésticos...

A Constituição Federal, em seu artigo 226, § 3º, conferiu proteção do Estado à união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, o que veio a ser regulamentado pela Lei 9.278/96, que em seu artigo 1º dispôs: É reconhecida como entidade familiar a convivência duradoura, pública e contínua, de um homem e uma mulher, estabelecida com objetivo de constituição de família.

Quer parecer que frente a tal regulamentação, afastada fica a possibilidade de se reconhecer o dito concubinato impuro como união estável ou lhe emprestar os efeitos jurídicos por esta gerados. Como Adverte Arnaldo Rizzardo, ob. cit., fls. 913, Aos casados, portanto, e que mantêm em vigor a coabitação marital, é possível uma união paralela e concomitante com terceira pessoa. O que importa é o fato da mancebia. Existindo a mesma, admite-se a dissolução, com todas as conseqüências decorrentes. Basta a comprovação de alguns elementos exigidos para a caracterização da sociedade de fato, sendo o principal a concorrência na aquisição de bens comuns. Aplicáveis as razões aduzidas por Márcio Moacyr Porto: “Dissolvida a sociedade de fato, o patrimônio comum deverá ser partilhado entre os sócios (art. 1.218, inc. VII, do CPC). É totalmente irrelevante ou descabido indagar se os sócios eram ou não concubinos, se um dos sócios ou os sócios são pessoas casadas, se durou muito ou pouco o concubinato...”

Por sua vez, complementam o seguinte escólio doutrinário de autoria do mestre Caio Mário da Silva Pereira, *in* “Instituições de Direito Civil”, p. 43, que:

“A partilha de haveres adquiridos pelo esforço comum, a título de liquidação de uma sociedade de fato é mais aceita, no pressuposto de que se comprove a sua existência, prova esta que pode ser dada por todos os meios, exigindo contudo se apure a circunstância de haverem os amantes colocado recursos e esforços em comum para a obtenção dos resultados, bem como se verifique a intenção de participarem um e outro de ganhos e perdas, já que o só fato da vida concubinária é insuficiente para criar a sociedade de fato”.

Destarte, apreende-se que, os direitos dos concubinos foram inicialmente introduzidos na órbita do Direito das Obrigações a fim de apenas garantir uma indenização por serviços prestados durante o período da convivência, evitando, assim, o enriquecimento sem justa causa de uma das partes da relação.

Todavia, com o transcorrer dos anos, a jurisprudência, adotando uma visão mais humanitária, evoluiu, passando a admitir a existência de uma sociedade de fato entre o casal, de modo que, a concubina, deixou de fazer jus ao recebimento de uma indenização por serviços prestados para, tornando-se sócia na relação concubinária, ter direito a perceber parcela do patrimônio comum, nas proporções em que tiver contribuído.

Com efeito, as repercussões patrimoniais com relação aos integrantes da relação concubinária consistem em equiparar o concubinato às sociedades de fato, ou seja, àquelas formadas do acordo entre indivíduos, para exploração de negócios de interesse comum, sem atender às formalidades legais.

Neste ponto, cabe aqui pontilhar os ensinamentos de Rainer Czajkowski, *in verbis*:

“Duas pessoas quaisquer podem Constituir sociedade de fato, sem ajustarem entre si uma comunhão de vida estável. Nesta linha, o cônjuge adúltero pode formar com a amante uma sociedade de fato - independentemente da família legítima - uma vez comprovada a contribuição de ambos os adúlteros na formação de um patrimônio comum. [...]”

O reconhecimento de sociedade de fato entre parceiros de união estável foi importantíssima construção jurisprudencial para evitar enriquecimento sem causa (Juridicamente plausível) oriundo de uma contingência familiar informal. Proliferaram, assim, as chamadas ‘ações declaratórias de sociedade de fato cumuladas com partilha de bens’. Não se cuidava, porém, de indenização pela convivência, nem de forma camuflada de alimentos. O efeito patrimonial fundava-se na idéia contratual da conjugação de esforços”. (União Livre, Editora Juruá, São Paulo, 2ª edição, 2000, pág. 58).

E, por sua vez, complementa Heloisa Maria Daltro Leite, “et al”, na obra intitulada “Código Civil: Do Direito de Família”, que:

“De início, negou-se às relações concubinárias onde um dos concubinos ainda era casado, mesmo que já separado de fato, reconhecimento de quaisquer direitos delas emergentes, pois um ato ilícito não poderia ser gerador de direitos e prerrogativas.

Ultrapassada a fase negativista da união estável, a jurisprudência pátria, paulatinamente, começou a reconhecer certos efeitos àquelas uniões. Na mesma linha e atenta à evolução social, leis especiais estabeleceram alguns direitos aos companheiros.

O Supremo Tribunal Federal reconheceu a legitimidade ativa da companheira para promover ação indenizatória por morte do amásio decorrente de acidente de trabalho ou transporte, desde que se tratasse de concubinato puro.

Buscando evitar o enriquecimento sem causa de um concubino em detrimento do doutro, o STF também passou a reconhecer a existência de uma sociedade de fato entre os concubinos e, portanto, a admitir a partilha do patrimônio adquirido pelo esforço comum. Essa linha de pensamento deu ensejo à edição da súmula 380, grande divisor de águas para para o reconhecimento dos direitos patrimoniais dos concubinos.

[...]

Não bastava para fins de partilha, a convivência estável entre os concubinos. Para o reconhecimento da sociedade de fato, se fazia indispensável que a mulher adquirisse a qualidade de sócia, contribuindo para a formação patrimonial do casal com sua força de trabalho.

Contudo, as mulheres que não integravam o mercado de trabalho, se limitando a cuidar dos afazeres domésticos, ficavam desamparadas no momento da dissolução da união, já que não eram sócias.

Com o fim de protegê-las e evitar o completo desamparo, passou a ser reconhecer que o trabalho doméstico, apesar de não dar ensejo a partilha do patrimônio comum seria merecedor de uma retribuição. Enxergava-se assim, um verdadeiro contrato de prestação de serviços entre os concubinos, nos moldes do artigo 594 do Código Civil.

[...]

à Constituição da Republica coube retirar o instituto do campo obrigacional, transferindo-o para o campo familiar. Ao legislador especial coube presumir o esforço comum dos companheiros na formação patrimonial durante a união estável.

Por fim, chega-se ao CC que afastou a presunção do artigo 5º da Lei 9.278/96, para conceber aos companheiros um regime legal de bens, assemelhando a união estável ao casamento.

O que, portanto, mudará? A partir da entrada em vigor do atual código, não mais se admite a prova de que não houve contribuição da companheira(o) na formação do patrimônio constituído durante a constância da união estável. O único ônus é a comprovação da existência desta união, seu termo inicial e o patrimônio efetivamente adquirido durante este período. Feita tal prova e dissolvida a união cada companheiro terá direito à sua meação.” (Código Civil: livro IV: do direito de família; 2a. ed.; Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2006, p. 450/466).

Portanto, não se há como negar a admissão de entendimento que possibilite a dissolução de sociedade de fato decorrente de concubinato, ainda que um dos membros venha a ser casado, situação que, segundo orientação do Superior Tribunal de Justiça (Resp 195157/ES), não impossibilita a aplicação da Súmula nº 380 do Supremo Tribunal Federal, desde que a partilha verse sobre bens adquiridos por esforço comum entre os concubinos.

Súmula n.º 380.: “Comprovada a existência de sociedade de fato entre os concubinos, é cabível a sua dissolução judicial, com a partilha do patrimônio adquirido pelo esforço comum.”

Logo, tratando-se de situação em que um dos integrantes da relação concubinária contribuiu diretamente para o aumento patrimonial do outro, há equiparação à sociedade de fato.

Nessa esteira de raciocínio, o Superior Tribunal de Justiça, em diversos julgados, conjugou posicionamento no sentido de que “*é admissível dissolver a sociedade de fato, ainda que um dos concubinos seja casado*”, conforme ilustram os seguintes julgados que passo a colacionar:

“PROCESSUAL CIVIL E CIVIL. RECURSO ESPECIAL. CONCUBINATO. RECONHECIMENTO E DISSOLUÇÃO. ART. 6º, § 1º, DA LICC. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. SÚMULA N. 7 DO STJ. INAPLICABILIDADE. PARTILHA DE BENS. CONTRIBUIÇÃO INDIRETA. LEI N. 9.278/96. NÃO-INCIDÊNCIA. PERCENTUAL COMPATÍVEL. PRINCÍPIOS DA RAZOABILIDADE E PROPORCIONALIDADE. PRECEDENTES DO STJ. [...] **5. Incidência de normas legais e orientações jurisprudenciais que versam sobre concubinato, especialmente a Lei n. 8.971/94 e a Súmula n. 380 do Supremo Tribunal Federal, delimitando que a atribuição à companheira ou ao companheiro de metade do patrimônio vincula-se diretamente ao esforço comum, consagrado na contribuição direta para o acréscimo ou a aquisição de bens mediante o aporte de recursos ou força de trabalho.** [...] (STJ; REsp 914.811/SP, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Rel. p/ Acórdão Ministro João Otávio De Noronha, Segunda Seção, DJe 21/11/2008).

RESP. PROCESSO CIVIL. CIVIL. PRINCÍPIO DA IDENTIDADE FÍSICA DO JUIZ. CONCUBINATO IMPURO. SÚMULA 380 DO STF. SÚMULA 7 DO STJ.
[...] **II. Admite o entendimento pretoriano a possibilidade da dissolução de sociedade de fato, ainda que um dos concubinos**

seja casado, situação, aliás, não impeditiva da aplicabilidade da súmula 380 do Supremo Tribunal Federal que, no entanto, reclama haja o patrimônio, cuja partilha se busca, tenha sido adquirido “pelo esforço comum”. [...] (STJ; REsp 257.115/RJ; Rel. Ministro Fernando Gonçalves; Quarta Turma; DJ 04/10/2004, p. 302).

CONCUBINATO. DISSOLUÇÃO DE SOCIEDADE DE FATO. COMPANHEIRO CASADO.

- Segundo a jurisprudência do STJ, é admissível a pretensão de dissolver a sociedade de fato, ainda que um dos concubinos seja casado.

Recurso especial conhecido e provido parcialmente. (STJ; REsp 195157/ES; Rel. Ministro Barros Monteiro; Quarta Turma; DJ 29/05/2000, p. 159).

Nesse cotejo, diferentemente do que sustenta a apelante em suas razões recursais, a relação concubinária, ainda que impura, gera efeitos patrimoniais incidentes sobre àquela parcela em a concubina contribuiu para a aquisição, refletindo, assim, a repulsa da doutrina e da jurisprudência moderna ao locupletamento ilícito.

Por fim, não tendo a parte apelante produzido qualquer prova suficientemente robusta para contrapor àquelas efetivamente colhidas durante o trâmite processual e que serviram como substrato para o provimento jurisdicional vergastado (art. 333, inc. II, CPC), outra medida não se apresenta senão o improvimento do recurso manejado.

4.DISPOSITIVO.

Ante ao exposto:

I. Deixo de conhecer o agravo retido de fls. 207/211, haja vista que a parte apelante não respeitou a ritologia prevista no art. 523 do Código de Processo Civil.

II. Rejeito a preliminar de nulidade arguida, uma vez que não restou demonstrado qualquer prejuízo que justificasse a anulação do provimento jurisdicional vergastado (*pas de nullité sans grief*).

III. Por fim, voto pelo improvimento do recurso apelatório, com sustentáculo nos fundamentos apresentados e na Súmula n.º 380 do Supremo Tribunal Federal, devendo ser confirmado *in totum* o *decisum* objurgado por ter corretamente aplicado as diretrizes legais ao caso concreto.

Fortaleza, Novembro de 2009

Nº PROCESSO: 16699-54.2005.8.06.0000/0

Nº SPROC: 2005.0012.3817-7/0

TIPO: APELAÇÃO CÍVEL E REEXAME NECESSÁRIO

ORIGEM: COMARCA DE FORTALEZA

APELANTE: JUIZ DE DIREITO DA 4ª VARA DA FAZENDA PÚBLICA
DA COMARCA DE FORTALEZA

APELANTE: ESTADO DO CEARÁ

APELADO: LINDOMAR BESSA SANTOS

APELADO: LILIAN ALINE DE ALCANTARA BESSA

REPRESENTADA POR LINDOMAR BESSA SANTOS

RELATORA: DESEMBARGADORA VERA LÚCIA CORREIA LIMA

EMENTA: CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. RESPONSABILIDADE CIVIL OBJETIVA DO ESTADO POR ATO OMISSIVO. RISCO ADMINISTRATIVO. MORTE POR INFECÇÃO CONTRAÍDA EM HOSPITAL PÚBLICO. AUSÊNCIA DE EXCLUDENTES DO NEXO DE CAUSALIDADE OU ETIOLÓGICO. DANOS MORAIS. AFRONTA À INTEGRIDADE PSICOFÍSICA DECORRENTE DA PERDA DE ENTE QUERIDO. COMPENSAÇÃO. DANOS PATRIMONIAIS. INDENIZAÇÃO. FAMÍLIA DE BAIXA RENDA. CONTRIBUIÇÃO PARA A ECONOMIA FAMILIAR. PRESUNÇÃO. PENSÃO. PARÂMETROS JURISPRUDÊNCIAIS. ADEQUAÇÃO EM RAZÃO DA CULTURA DE PRECEDENTES.

- Na espécie, os recorridos, pai e filha, buscaram a responsabilização civil do Estado do Ceará ao argumento de que a esposa/mãe falecera em razão da infecção hospitalar contraída no âmbito do Hospital César Cals. A sentença impugnada julgou procedente o pedido e condenou o mencionado ente à compensação, por danos morais, no valor de R\$ 100.000,00 (cem mil reais) e, quanto à indenização por danos patrimoniais, ao pagamento de uma pensão no valor de 1 (um) salário mínimo até a idade de 70 (setenta) anos.

- A expressão *causarem*, constante do § 6º do art. 37 da Constituição Federal de 1988, não se destina a significar uma conduta ativa, e, por consequência, a limitar a responsabilidade objetiva a tais comportamentos. Na realidade, o indicado signo refere-se à relação de causalidade entre a conduta estatal, seja ela qual for, e o dano sofrido pela vítima. Noutras palavras, é de reconhecer-se a responsabilidade objetiva estatal também em face dos atos omissivos. Onde o legislador não distinguiu, não é dado ao intérprete fazê-lo. Doutrina.

- O Brasil, efetivamente, não adota a teoria do risco integral, segundo a qual se proclama a responsabilidade do Estado em qualquer hipótese, não se admitindo a oposição da existência de causas excludentes do nexo etiológico. Na realidade, desde 1946, tem-se que, presente o instituto da responsabilidade estatal, vige a teoria do risco administrativo, cujo fundamento é a igualdade de todos perante os encargos públicos e admite aquelas objeções. Na espécie, no entanto, nada há que rompa tal relação causal.

- O dano moral é, em síntese, aquele que atinge a integridade psicofísica do ser humano, ou seja, desrespeita-o como pessoa. Assim, devem considerar-se como violações ao princípio da integridade psicofísica, além dos chamados danos corporais, os danos causados à imagem, à honra, à privacidade, entre outros, que consubstanciam a categoria dos danos psíquicos – a estes pode ainda ser reconduzido o dano pela perda de ente querido, o assédio sexual, o assédio moral, etc. Doutrina.

- Em razão da cultura de precedentes que vem instalando-se no Brasil, a colação de julgados em que a Corte, na análise do dano moral por decorrência do falecimento de ente querido, teve a oportunidade de dimensionar o que se revelaria adequado para a situação, demonstra a necessidade de redução do valor de R\$ 100.000,00 (cem mil reais), de maneira que a compensação deve ser redimensionada para o montante

de R\$ 65.000,00 (sessenta e cinco mil reais).
Jurisprudência.

- A responsabilização por danos patrimoniais pressupõe, como regra, a efetiva diminuição do patrimônio, o que, por inferência lógica, demanda, como necessária, a comprovação dos danos sofridos. Cumpre, entretanto, não desconhecer a jurisprudência que, promanada do Superior Tribunal de Justiça, pressupõe, considerada a família de baixa renda, que a morte de filho menor dá ensejo à responsabilização por dano patrimonial, devendo tal orientação, com as devidas modificações, ser aplicada à espécie, vez que trata do falecimento de esposa/mãe, ou seja, de ente querido.

- Ainda que a vítima não contribuísse (pelo menos comprovadamente) com a injeção de recursos no cômputo da remuneração da sua unidade familiar, por certo, assumia uma posição relevante no âmbito da economia doméstica. Ao julgador não é dado decidir à revelia no que realmente acontece no âmbito da sociedade, especialmente no que se refere às chamadas famílias de baixa renda.

- Apesar de que a sentença reexaminada entendeu pela adoção do salário mínimo como parâmetro para o cálculo da pensão mensal, estipulada à guisa de indenização por danos patrimoniais, a jurisprudência determina que a mesma deve ser redimensionada para o equivalente a 2/3 do mencionado valor, considerando-se que a redução de 1/3 está ligada às despesas pessoais da vítima. Jurisprudência.

- Em razão do pedido inicialmente formulado, o termo final do pensionamento deve recair sobre a data em que a vítima do dano completaria 65 (sessenta e cinco) anos, até mesmo porque o mesmo deve ser buscado à luz da constatação de que ela contribuía para a economia doméstica.

- Sentença reformada em reexame necessário e por ocasião da análise do apelo do Estado do Ceará.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos reveladores do Reexame Necessário e da Apelação nº 16699-54.2005.8.06.0000/0, em que o ESTADO DO CEARÁ figura como recorrente, LINDOMAR BESSA SANTOS e LILIAN ALINE DE ALCANTARA BESSA, como apelados, enquanto que douto Juízo da 4ª Vara da Fazenda Pública de Fortaleza exsurge como remetente, acordam os Desembargadores da Quarta Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, à unanimidade de votos, e nos termos do voto da Relatora, em confirmar a sentença reexaminada quanto à condenação do ESTADO DO CEARÁ à compensação por danos morais e à indenização por danos patrimoniais em razão do falecimento de ALINE ALCÂNTARA DE SOUSA, adequando-a, entretanto, aos patamares estabelecidos pela jurisprudência. A Relatora, entretanto, apesar de prestigiar a jurisprudência consolidada, ressaltou seu ponto de vista quanto ao tabelamento dos danos.

Fortaleza, 03 de março de 2010.

RELATÓRIO

Alegando que o falecimento de **ALINE ALCÂNTARA DE SOUSA** decorreria de uma infecção contraída no âmbito do Hospital César Cals, onde estivera internada em razão do parto de sua filha **LILIAN ALINE DE ALCÂNTARA BESSA**, o viúvo **LINDOMAR BESSA SANTOS**, bem como a referida criança, buscaram a tutela jurisdicional no intuito da responsabilização do **ESTADO DO CEARÁ** pelos danos patrimoniais e extrapatrimoniais advenientes de tal fato.

Sentenciando às fls. 240/248, o douto Juízo da 4ª Vara da Fazenda Pública da Comarca de Fortaleza resolveu a demanda a partir da seguinte disposição:

“Face ao exposto, considerando os elementos do processo e tudo o mais que dos presentes autos consta, forte ainda nas disposições constitucionais e infra-constitucionais regentes da matéria, JULGO, por esta minha sentença e para que produza todos os seus jurídicos e legais efeitos no campo material e subjetivo, PROCEDENTE a Ação proposta por LINDOMAR BESSA SANTOS e sua filha menor LILIAN ALINE DE ALCÂNTARA BESSA, por ele representada, contra o ESTADO DO CEARÁ, para o fim de condená-lo no pagamento das indenizações por danos materiais e morais noticiados na preludial, arbitrando a primeira (por danos

materiais) no correspondente a uma pensão mensal de um salário mínimo vigente, a contar da data do ajuizamento da presente ação até a data em que a falecida completaria 70 (setenta) anos de idade, considerando a estimativa de vida biológica, regularmente aceita pela doutrina e jurisprudência e a segunda (por danos morais) que, ponderadas as peculiaridades das partes e o seu potencial econômico, arbitro em 100.000,00 (cem mil reais), atualizados monetariamente ao tempo do efetivo pagamento. Afinal, impende registrar que a vida perdida era a de uma menina-mulher, de apenas 17 anos de idade, mal desabrochada para a vida, dela ceifada por algo quase inconcebível no mundo de hoje.

Condeno o réu, ainda, no pagamento das custas processuais e dos honorários advocatícios à base de 10% (dez por cento) sobre o valor da condenação.” (sic)

Inconformado, o Estado do Ceará interpôs a apelação de fls. 251/260, com as seguintes alegações:

a) o Brasil não adotou a teoria da responsabilidade integral do Estado;
b) que, na espécie, a responsabilidade estatal é subjetiva;
c) que não havia dependência econômica entre a falecida e o requerente;

d) que a sentença não poderia ter estipulado o pagamento de pensão à filha com base na expectativa de vida da vítima, mas, na realidade, devia ter levado em consideração o suposto tempo de duração da relação de dependência econômica;

e) que a jurisprudência aponta a idade de 25 (vinte e cinco) anos como parâmetro para tal fixação;

f) que “o ilustre magistrado, ao fixar o termo *ad quem* em 70 anos, julgou *ultra petita*, uma vez que o pedido formulado na exordial fora explícito quanto ao término do pagamento da pensão: 65 anos” (fl. 256); e,

g) que “o valor da indenização postulada em ação de danos morais deve corresponder a um *plus* de satisfatividade pessoal, mas **NUNCA** de objeto de enriquecimento às custas da parte promovida” (fl. 256), de maneira que “o *quantum* arbitrado pelo juízo *a quo* não se faz acompanhar da razoabilidade exigida para as indenizações devidas a esse título” (fl. 257).

Ao final, buscou o ESTADO DO CEARÁ o afastamento da sua responsabilidade ou a reforma da sentença no que concerne aos valores atribuídos ao dano moral e à pensão estabelecida.

Não houve contrarrazões.

Manifestando-se às fls. 275/279, o Ministério Público encaminhou entendimento pelo improvimento do recurso.

Devidamente redistribuídos, vieram-me os autos conclusos.
É o que basta relatar.

VOTO

Como este julgamento não se limita ao reexame necessário da decisão de fls. 240/248, vez que há uma apelação interposta pelo Estado do Ceará, declaro o conhecimento desse recurso, vez que presentes os requisitos para tanto.

Não há nulidade a ser decretada.

Conforme adiantado pelo relatório, o viúvo LINDOMAR BESSA SANTOS e a menor LILIAN ALINE DE ALCÂNTARA BESSA buscaram a tutela jurisdicional no intuito da responsabilização do ESTADO DO CEARÁ pelos danos patrimoniais e extrapatrimoniais advenientes do falecimento de ALINE ALCÂNTARA DE SOUSA. Como causa de pedir, alegaram que o fato decorreria de uma infecção contraída no âmbito do Hospital César Cals, onde estivera internada em razão do parto da referida criança.

Assim, como o pano de fundo da vertente lide processual é a responsabilidade civil do Estado, peço licença a meus eminentes pares para tecer algumas considerações acerca do tema, fazendo-o não só pelo fato de que a mencionada investigação é imprescindível para a análise da procedência, ou não, do pedido, mas também para dar resposta aos fundamentos (e não argumentos) lançados pelo Estado do Ceará, considerada a perspectiva do processo como diálogo.

Rememoro, desde logo, os contornos do § 6º do art. 37 do texto constitucional, a saber:

“Art. 37. *omissis*

(...)

§ 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.”

Não se olvida que em relação aos atos comissivos vige uma paz doutrinária, vez que há consenso quanto ao caráter objetivo da responsabilidade estatal. Por outro lado, o mesmo não se pode dizer acerca dos atos omissivos, vez que há tanto uma postura hermenêutica ampliativa (que o inclui na responsabilidade objetiva do Estado) quanto uma linha de pensar restritiva (que exige a investigação da culpa), sendo esta capitaneada pela doutrina de Celso Antônio Bandeira de Mello. E um bom delineamento dessa orientação pode ser colhido em Sergio

Cavaleri Filho (*in*: Programa de responsabilidade civil. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2010. p. 251), senão vejamos:

“A atividade administrativa a que alude o art. 37, § 6º, da Constituição, refere só à conduta comissiva do Estado ou também à omissiva? Essa questão é ainda controvertida na doutrina e na jurisprudência, pelo que merece algumas considerações. Celso Antônio Bandeira de Mello (Curso de direito administrativo, 15. ed. Malheiro, p. 871-872) sustenta ser subjetiva a responsabilidade da Administração sempre que o dano decorrer de uma omissão do Estado. Pondera que nos casos de omissão, o Estado não agiu, não sendo, portanto, o causador do dano, pelo que só estaria obrigado a indenizar os prejuízos resultantes dos eventos que teria o dever de impedir. Aduz que ‘a responsabilidade estatal por ato omissivo é sempre responsabilidade por ato ilícito. E, sendo responsabilidade por ilícito, é necessariamente responsabilidade subjetiva, pois não há conduta ilícita do Estado (embora do particular possa haver) que não seja proveniente de negligência, imprudência ou imperícia (culpa) ou, então, deliberado propósito de violar a norma que o constituía em dada obrigação (dolo).’”

Pois bem. Mantendo a coerência, não ponho à margem de consideração que a doutrina de Celso Antônio Bandeira de Mello foi a tônica de alguns pronunciamentos que já tive a oportunidade de lançar no âmbito desta Corte. No ponto, entretanto, ousou discordar de Sua Excelência, vez que entendo que a Constituição Federal de 1988 não procedeu a qualquer distinção entre as condutas estatais ensejadoras de danos. E, onde o legislador não distinguiu, não cabe ao intérprete fazê-lo.

Assim, considero que a expressão *causarem*, constante daquele dispositivo paragrafado, não se destina a significar uma conduta ativa, e, por consequência, a limitar a responsabilidade objetiva a tais comportamento. Na realidade, entendo que o indicado signo refere-se à relação de causalidade entre a conduta estatal, seja ela qual for, e o dano sofrido pela vítima.

Porém, reconheço que o Brasil, efetivamente, não adota a teoria do risco integral, segundo a qual se proclama a responsabilidade do Estado em qualquer hipótese, não se admitindo a oposição da existência de causas excludentes do nexu etiológico. E, aqui, dou razão ao Estado do Ceará, vez que, desde 1946, tem-se que, presente o instituto da responsabilidade estatal, vige a teoria do risco administrativo, cujo fundamento é a igualdade de todos perante os encargos públicos e admite aquelas objeções.

A meu sentir, portanto, a razão está com Felipe Peixoto Braga Neto (*in*: Responsabilidade civil. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 248) que, citando Carlos Roberto Gonçalves, assim fez registrar:

“Sobre o tema, conclui Carlos Roberto Gonçalves: ‘Pode-se, assim, afirmar que a jurisprudência tem entendido que a atividade administrativa a que alude o art. 37, § 6º, da Constituição Federal, abrange tanto a conduta comissiva como a omissiva. No último caso, desde que a omissão seja a causa direta e imediata do dano’ (...)

A questão, corretamente posta pelo jurista, limita-se a indagar não de culpa, mas do nexo causal entre a omissão e o dano sofrido. A pergunta fundamental nos parece esta: sem a omissão estatal, o dano teria ocorrido? Não precisa ser culposa a omissão; de omissão culposa, como causa de indenização, trata o art. 186 do Código Civil, em cláusula geral da ilicitude culposa. O Estado responde sem culpa, agindo ou se omitindo, desde que configurado o nexo causal entre o dano e sua atividade.”

É, pois, à luz do exposto que, voltando-me à situação documentada pelos autos, e indagando se, reconhecida a inexistência da infecção hospitalar, haveríamos de falar no evento morte, concluo em sentido negativo. Noutras palavras, o falecimento da senhora Aline Alcântara de Sousa decorreu da infecção hospitalar adviniente de sua internação no Hospital Cesar Cals. E este fato exsurge como aceito pelo próprio recorrente, não havendo, inclusive, qualquer tentativa de rompimento do nexo etiológico. No ponto, a sentença *a quo* deve manter-se inalterada.

Passando à análise de outro capítulo decisório, dedico-me ao reexame do dano moral e sua compensação.

No intuito de facilitar o adensamento do conceito – e, assim, evitar um grau de abstração tão intenso que venha a dificultar sua aplicação – registro a doutrina de Maria Celina Bodin de Moraes, que, em obra de leitura indispensável (*Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009), esclarece-nos que dano moral é, em síntese, aquele que atinge a integridade psicofísica do ser humano, ou seja, desrespeita-o como pessoa. Vejamos, por relevante, as seguintes linhas dessa obra (fl. 85):

“Para que se extraíam as conseqüências jurídicas pertinentes, cumpre retornar por um instante aos postulados filosóficos que, a partir da construção kantiana, nortearam o conceito de dignidade como valor intrínseco às pessoas. Considera-se, com efeito, que, se a humanidade das pessoas reside no fato de serem elas racionais, dotadas de livre arbítrio e de capacidade para interagir com os outros e com a natureza – sujeitos, portanto, do discurso e da ação –, será ‘desumano’, isto é, contrário à dignidade humana, tudo aquilo que puder reduzir a pessoa (o sujeito de direitos) à condição de objeto.

O substrato material da dignidade assim entendida pode ser desdobrado em quatro postulados: I) o sujeito moral (ético) reconhece a existência dos outros como sujeitos iguais a ele, II) merecedores do mesmo respeito à integridade psicofísica de que é titular; III) é dotado de vontade livre, de autodeterminação; IV) é parte do grupo social, em relação ao qual tem a garantia de não vir a ser marginalizado. São corolários desta elaboração os princípios jurídicos da igualdade, da integridade física e moral – psicofísica –, da liberdade e da solidariedade.”

E, apesar dessa orientação, já suficiente para a investigação do que seria dano moral, a referida autora traz a seguinte explicação (fl. 101):

“Exemplificativamente, devem considerar-se como violações ao princípio da integridade psicofísica, além dos chamados danos corporais, os danos causados à imagem, à honra, à privacidade, entre outros, que consubstanciam a categoria dos danos psíquicos – a estes podem ainda ser reconduzidos o **dano pela perda de ente querido**, o assédio sexual, o assédio moral, a morte de um animal de estimação, o diagnóstico errôneo, etc.” (destaquei)

Bastam-me, pois, tais considerações para ter-se como vencida a análise da existência do dano extrapatrimonial, até mesmo porque se trata de *danum in re ipsa*, onde a lesão é presumida. Assim, passo a reexaminar o valor atribuído a título de compensação.

O douto Juízo da 4ª Vara da Fazenda Pública arbitrou-o na base de R\$ 100.000,00 (cem mil reais), enfatizando “*que a vida perdida era a de uma menina-mulher, de apenas 17 anos de idade, mal desabrochada para a vida, dela ceifada por algo quase inconcebível no mundo de hoje*” (fl. 248).

Para o Estado do Ceará, contudo, o referido *quantum* exsurtiu de forma desarrazoada, de maneira que “*forçoso é preterir a indenização nos moldes em que foi determinada pelo douto magistrado prolator da sentença, para que a reparação de um mal não corteje o enriquecimento sem causa*”.

Concordo com o recorrente no que se refere ao valor arbitrado. No entanto, e pedindo vênias aos que pensam em sentido contrário, entendo incontornável a obrigação de esclarecer a inadequação do argumento do “*enriquecimento sem causa*”.

E, ressaltando o meu ponto de vista quanto à postura jurisprudencial de tabelar-se o valor atribuído ao dano, curvo-me à cultura de precedentes que vem instalando-se no Brasil, de maneira que trago à colação dois julgados em que este colegiado, na análise do dano moral por decorrência do falecimento de ente querido, teve a oportunidade de dimensionar o que se revelaria adequado para a situação.

Começo por rememorar a Apelação Cível nº 35363-07.2003.8.06.0000/0, no âmbito da qual esta Câmara, sob a relatoria da eminente Desembargadora Maria Iracema do Vale Holanda, estabeleceu em R\$ 55.900,00 (cinquenta e cinco mil e novecentos reais) o valor da compensação por danos extrapatrimoniais. Eis, para efeito de documentação em voto, o teor da ementa do acórdão extraído naquela assentada, *verbis*:

“RESPONSABILIDADE CIVIL OBJETIVA DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. ART. 37, § 6º, DA CONSTITUIÇÃO. CULPA DO ENTE DA ADMINISTRAÇÃO MUNICIPAL COMPROVADA. DEVER DE INDENIZAR CARACTERIZADA. VALOR INDENIZATÓRIO - *QUANTUM EXCESSIVO* – REDUÇÃO.

- **No caso, apelação em ação de indenização por danos materiais e morais decorrentes de acidente de trânsito que ocasionou a morte do filho dos Autores/apelados, decorrente de direção imprudente de servidor do Instituto de Previdência Municipal de Fortaleza - IPM. A sentença recorrida condenou o IPM, em razão da culpa comprovada da Administração Pública.**

- PRELIMINAR:

I - Preliminar de nulidade da sentença por irregularidade processual. Rejeição.

- Rejeita-se a preliminar de nulidade da sentença em que o apelante alega não ter podido apresentar memoriais escritos. Nos autos, foram oportunizadas para ambas as partes ampla produção de provas, a evidenciar respeito ao contraditório, e encerrada a instrução pelo Juiz do feito.

- Neste sentido, ensina o Tribunal de Justiça do Distrito Federal, em hipótese idêntica:

“DIREITO CIVIL - INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL - NULIDADE PROCESSUAL - CERCEIO DE DEFESA - JUNTADA SERÔDIA DE DOCUMENTO COM OFERTA DE MEMORIAIS - PROVA DE EFETIVO PREJUÍZO – INOCORRÊNCIA.

- A arguição de cerceio de defesa, tendo por viso a nulidade do processo, mostra-se inconsistente se a prova documental apresentada, quando da apresentação dos memoriais não trouxe prejuízo para a parte, sem influir decisivamente no julgamento da causa, valendo-se o juiz, ao formar o seu convencimento, de um substancial conjunto probatório produzido atempadamente no curso da lide. (TJDF - 20000150044824APC, Relator DÁCIO VIEIRA, 5ª Turma Cível, DJ 30/04/2002).

- Preliminar rejeitada.

- MÉRITO:

- Sentença fundada em laudo pericial retratando a dinâmica do acidente, e a atestar a responsabilidade civil da Administração

Pública municipal. Ademais, anexados aos autos cópia da Carteira de Trabalho da vítima e sua rescisão em razão de sua morte, demonstrando que até a data de seu falecimento estava empregado em Empresa de Construção Civil, auferindo à época um salário mínimo.

- O Art. 37, § 6º da CF/88 estabelece a responsabilidade civil objetiva do Estado, para todos os seus entes políticos (União, Estados-membros, DF, e Municípios) 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”.

- A explicar tal dispositivo, ensina o STJ:

“1. A responsabilidade civil que se imputa ao Estado por ato danoso de seus prepostos é objetiva (art. 37, § 6º, CF), impondo-lhe o dever de indenizar se se verificar dano ao patrimônio de outrem e nexos causal entre o dano e o comportamento do preposto.

2. Somente se afasta a responsabilidade se o evento danoso resultar de caso fortuito ou força maior ou decorrer de culpa da vítima (STJ - REsp 433514/MG, Ministra Eliana Calmon, DJ de 21.02.2005).

- Nos autos, a responsabilidade do ente municipal é objetiva e essa não se desincumbiu de comprovar qualquer causa eximente da sua obrigação indenizatória, ou que o autor tenha concorrido para a ocorrência do evento. Ao contrário, o que ficou amplamente demonstrado foi o nexo de causalidade entre o dano e o ato ilícito do IPM.

- Deve ser mantida a indenização por danos materiais quando a parte comprova o efetivo prejuízo. Na hipótese posta, comprovado que a vítima falecida auxiliava os pais, correta a indenização fixada a título de danos materiais de pensão aos Autores, pais da vítima, no valor de um salário mínimo.

- Contudo, a indenização por dano moral deve ser regida pelo princípio da proporcionalidade, atentando-se o julgador à capacidade econômica das partes, à extensão do dano e à intensidade da culpa. O valor fixado não deve ser tão expressivo, sob pena de representar enriquecimento sem causa, nem tão diminuto, a ponto de se tornar irrisório.

- **Consideradas as peculiaridades do caso em questão, deve ser reduzido o valor da condenação em danos morais, fixado em R\$ 111.800,00, por excessivo, reduzindo-o à metade (50%), na quantia certa de R\$ 55.900,00, valor que observa o princípio da proporcionalidade.**

- Verba honorária mantida em 15% sobre o novo valor da indenização fixada, sem a incidência de sucumbência recíproca, dada a súmula 326 do STJ: “Na ação de indenização por dano moral, a condenação em montante inferior ao postulado na inicial não implica sucumbência recíproca”.

- Sentença reformada em termos, reduzindo-se a condenação.

- Apelação conhecida e parcialmente provida.

- Unânime” (destaquei)

Já na Apelação nº 780491-11.2000.8.06.0001/1, constata-se que o voto condutor, de responsabilidade de Sua Excelência, o Desembargador Francisco Lincoln Araújo e Silva, entendeu que “a indenização por danos morais no valor de 100(cem) salários mínimos é razoável para uma viúva do lar, que com a morte de seu companheiro perdeu, além do sustento financeiro, a companhia afetiva de seu marido e que, atualmente, vem se sustentando apenas com o auxílio de seus filhos e de amigos” (destaquei). Eis a ementa do julgado:

“Ementa: CIVIL. PROCESSO CIVIL. RESPONSABILIDADE CIVIL. ACIDENTE DE TRÂNSITO. EMPRESA DE TRANSPORTE URBANO. RESPONSABILIDADE OBJETIVA. EXCLUDENTE DE CASO FORTUITO NÃO CONFIGURADA. MORTE DE CONJUGE. INDENIZAÇÃO POR DANO MATERIAL E MORAL. *QUANTUM* PROPORCIONAL. DEDUÇÃO DO VALOR CONCEDIDO PELO DPVAT. SUCUMBÊNCIA RECÍPROCA INOCORRÊNCIA. RESTRIÇÃO DA INCIDÊNCIA DE HONORÁRIOS INCABÍVEL. APELAÇÃO CONHECIDA E PROVIDA EM PARTE. 1. A responsabilidade das empresas de transporte urbano perante terceiros é objetiva, uma vez que ditas concessionárias, por serem prestadoras de serviço público, se regem sob o regime jurídico da Administração Pública; 2. O motivo que levou o pneu a ser sacado, atingindo o *de cuius*, não foi um evento fortuito; 3. Caracterizado o dano moral, a indenização há de ser fixada em valor consentâneo com a gravidade da lesão; 4. Das características apresentadas sobre a vítima, embora já tivesse idade avançada, verifica-se que ainda era quem provia o sustento e, mais que isto, era o companheiro de toda vida, suprimindo suas necessidades econômicas e afetivas; 5. Atento aos critérios de razoabilidade/proporcionalidade, entende-se que o montante arbitrado pelo Juiz *a quo* foi pertinente ao abalo moral suportado pela apelada; 6. De acordo com a Súmula 246 do STJ, a quantia referente ao seguro obrigatório deve ser deduzida do valor da quantia da indenização fixada judicialmente; 7. A atualização monetária dos valores fixados a título de indenização por danos morais flui a partir da data em que prolatado o *decisum*; 8. Na ação de reparação de danos, os honorários sucumbenciais, quando fixados sobre o valor da condenação, já refletem a procedência parcial do pedido contido na exordial; 9. Improcedente o pleito que visa restringir a incidência dos honorários advocatícios somente sobre as prestações vencidas e 12 (doze) parcelas vincendas, haja vista que a presente ação de responsabilidade civil não se refere a danos decorrentes de inadimplemento contratual; 10. Apelo parcialmente provido.”

Dentro desse horizonte, e levando em consideração que a demanda fora proposta pelo marido e pela filha da falecida, entendo que o valor de R\$ 100.000,00 (cem mil reais), fixado pelo douto Juízo da 4ª Vara da Fazenda Pública, afigura-se em descompasso para com o norte estabelecido pelos julgados que venho de rememorar. Daí porque, neste ponto, dou provimento ao pedido recursal do Estado do Ceará e reduzo para R\$ 65.000,00 (sessenta e cinco mil reais) a compensação por danos morais.

Dedicando-me à análise do dano patrimonial, vejo que a sentença impugnada entendeu por indenizá-lo “*no correspondente a uma pensão mensal de um salário mínimo vigente, a contar da data do ajuizamento da presente ação até a data em que a falecida completaria 70 (setenta) anos de idade, considerando a estimativa de vida biológica, regularmente aceita pela doutrina e jurisprudência*” (fl. 248).

E contra o referido capítulo decisório, relembro que o apelante lançou as seguintes objeções: 1) que não havia dependência econômica entre a falecida e o requerente; 2) que a sentença não poderia ter estipulado o pagamento de pensão à filha com base na expectativa de vida da vítima, mas, na realidade, devia ter levado em consideração o suposto tempo de duração da relação de dependência econômica; 3) que a jurisprudência aponta a idade de 25 (vinte e cinco) anos como parâmetro para tal fixação; 4) e que “o ilustre magistrado, ao fixar o termo *ad quem* em 70 anos, julgou *ultra petita*, uma vez que o pedido formulado na exordial fora explícito quanto ao término do pagamento da pensão: 65 anos” (fl. 256).

Antes de posicionar-me acerca dessas questões, entendo por bem delinear a orientação doutrinária sobre o tema, mantendo, com isso, a sistemática adotada quando da análise do dano extrapatrimonial,. Daí porque volto ao magistério de Sergio Cavalieri Filho (fl. 73), segundo o qual:

“O dano patrimonial, como o próprio nome diz, também chamado de dano material, atinge bens integrantes do patrimônio da vítima, entendendo-se como tal o conjunto de relações jurídicas de uma pessoa apreciáveis economicamente. (...) A idéia de prejuízo, tal como estava no art. 159 do Código Civil de 1916, resultante de uma lesão a um direito, bem caracteriza o dano material. Ou, como preferem outros autores, o dano material envolve a efetiva diminuição do patrimônio, quer se trate de um bem corpóreo ou incorpóreo.”

Por sua vez, Felipe Peixoto Braga Neto (p. 58) aduz que:

“A indenização pelo dano material é reparatória ou ressarcitória. Isso significa que, através dela, restaura-se a situação anterior ao dano. Volta-se ao *status quo ante*. Recompõe-se, assim, seja pela entrega da coisa, seja pelo equivalente monetário, a situação existente anteriormente ao dano.”

Tal como se vê, eminentes Desembargadores, a responsabilização por danos patrimoniais pressupõe, como regra, a efetiva diminuição do patrimônio, o que, por inferência lógica, demanda, como necessária, a comprovação dos danos sofridos.

Cumpre, entretanto, não desconhecer a jurisprudência que, promanada do Superior Tribunal de Justiça, pressupõe, considerada a família de baixa renda, que a morte de filho menor dá ensejo à responsabilização por dano patrimonial. Inclusive, essa orientação foi seguida no âmbito da Apelação nº 451786-79.2000.8.06.0000/0, de relatoria do eminente Desembargador Lincoln Tavares Dantas, senão vejamos:

“Ementa: CIVIL. RESPONSABILIDADE CIVIL. APELAÇÃO. ACIDENTE DE TRÂNSITO. ATROPELAMENTO. VÍTIMA MENOR. INDENIZAÇÃO. PENSÃO. 1. A prova dos autos evidencia que culpa do apelante. 2. **A jurisprudência harmonizou o entendimento acerca de ser devida indenização por dano material aos pais de família de baixa renda, em decorrência de morte de filho menor proveniente de ato ilícito, independentemente do exercício de trabalho remunerado pela vítima.** 3. O termo inicial do pagamento da pensão conta-se dos 14 (quatorze anos), data em que o direito laboral admite o contrato de trabalho, e tem como termo final a data em que a vítima atingiria a 65 (sessenta e cinco) anos de idade. 4. A pensão deve ser reduzida pela metade após a data em que o filho completaria os 25 (vinte e cinco) anos, quando possivelmente constituiria família própria, reduzindo a sua colaboração no lar primitivo. 5. Em atenção à jurisprudência do STJ, deve a indenização ser fixada no montante de 2/3 do salário mínimo, a partir da data em que a vítima completaria 14 anos de idade (11 de setembro de 1993) até o seu 25º aniversário (11 de setembro de 2004), calculado mês a mês, com correção monetária plena. 6. Resultado: recurso de apelação conhecido e PROVIDO em parte. Sentença corrigida, de ofício, quanto à fixação de ônus sucumbenciais.”

Ressaltando, por certo, que não temos situações semelhantes, entendo, por outro lado, que as razões de decidir devem ser, dentro do possível, as mesmas. Noutras palavras, as premissas que guiam a orientação jurisprudencial

que venho de resgatar devem, a meu sentir – e com o devido respeito – ser aplicadas na espécie, com as devidas adaptações, por certo.

É que, sem dúvidas, a Senhora Aline Alcântara de Sousa, ainda que não trabalhasse, ou seja, ainda que não contribuísse (pelo menos comprovadamente) com a injeção de recursos no cômputo da remuneração da sua unidade familiar, por certo, assumia uma posição relevante no âmbito da economia doméstica. E essa premissa fixo porque ao julgador não é dado decidir à revelia no que realmente acontece no âmbito da sociedade, especialmente no que se refere às chamadas famílias de baixa renda.

Dentro, pois, dentro dessa perspectiva é que, apesar de compulsar os autos e não divisar qualquer documento revelador do decesso patrimonial arguido pelos ora apelados – fato que não me impressiona – reporto-me à proposição acima registrada para entender acertada a postura adotada pelo douto Juízo da 4ª Vara da Fazenda Pública em condenar o Estado do Ceará ao pagamento de danos patrimoniais.

No entanto, vejo que da petição inicial consta pedido que, voltado ao “*pagamento da quantia de R\$ 68.640,00 (sessenta e oito mil, seiscentos e quarenta reais), em favor dos Requerentes, a título de ressarcimento por danos materiais*” (fl. 09 – item b), denota que para o cálculo da referida postulação trabalhou-se, tal como advertido pelo ente recorrente, com a idade limite de 65 (sessenta e cinco) anos.

Também não me parece correta a estipulação da pensão mensal no valor de um salário mínimo. É que, reportando-me, uma vez mais, aos julgados deste Colegiado, constato que, na Apelação Cível nº 460586-96.2000.8.06.000/0, o eminente Desembargador Lincoln Tavares Dantas, ao notar que a autora não lograra provar a remuneração auferida, entendeu pela adoção do salário mínimo como parâmetro para o cálculo da pensão mensal e fixou-a em importância equivalente a 2/3, considerando que a redução de 1/3 estaria ligada às despesas pessoais. A espécie, a propósito, envolveu situação em que a interessada postulou a reparação de danos em face da COELCE ao argumento de que fora atingida por peça metálica lançada em virtude do excesso de dinamite utilizada em obra daquela concessionária. Segue a ementa extraída do acórdão então prolatado:

“Ementa: APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO. DANOS MATERIAIS E MORAIS. LESÃO GRAVE E INCAPACITANTE CAUSADA POR CONCESSIONÁRIA DE SERVIÇO PÚBLICO. EXPLOÇÃO. EXCESSO NA CARGA DE

DINAMITE. IMPERÍCIA. 1. DANO MATERIAL. PENSÃO MENSAL. **Não comprovando a vítima a renda mensal auferida, é devida pensão mensal, à razão de 2/3 do salário mínimo, desde a data do evento danoso até a data em que completar 65 anos de idade.** Precedentes do Superior Tribunal de Justiça. 2. DANO MORAL. O valor do dano moral tem sido enfrentado com o escopo de atender a sua dupla função: reparar o dano buscando minimizar a dor da vítima e punir o ofensor, para que não volte a reincidir. Precedentes. 3. Nos casos de responsabilidade extracontratual, juros de mora incidem a partir do evento danoso (Súmula 54/STJ); a correção monetária, a partir do trânsito em julgado da decisão que arbitrou a indenização. 4. Honorários advocatícios incidem sobre a condenação, assim consideradas as verbas vencidas e doze das prestações vincendas. Precedentes do STJ. 5. Recurso de apelação parcialmente provido.” (destaquei)

É por tal razão que procedo à redução do valor da pensão para 2/3 do salário mínimo.

Acerca do termo final do pensionamento, considero que o mesmo deve recair sobre a data em que a vítima do dano completaria 65 (sessenta e cinco) anos, vez que considero que o mesmo deve ser buscado à luz da constatação de que ela contribuía para a economia doméstica.

Em resumo, eminentes Pares, nada obstante o reexame necessário, conheço do recurso do Estado do Ceará para, embora reconhecer, considerado o caso concreto, acertada a norma jurídica estabelecidora da responsabilidade estatal em razão de ato omissivo, dar-lhe provimento e reduzir, para R\$ 65.000,00 (sessenta e cinco mil reais), o valor da compensação por danos morais estabelecido pelo douto Juízo da 4ª Vara da Fazenda Pública, enquanto que, considerados os danos patrimoniais, procedo à redução do valor da pensão para 2/3 do salário mínimo, que deverá ser paga até a data em que a Senhora Aline Alcântara de Sousa completaria 65 (sessenta e cinco) anos de idade. Quanto à sucumbência, mantenho-a inalterada, ou seja, os honorários permanecem na base dos 10% (dez por cento) estabelecidos na sentença apelada.

É como voto.

Fortaleza, 03 de março de 2010.

Nº 2005.0012.7340-1 – APELAÇÃO CÍVEL

COMARCA- FORTALEZA

APELANTE- DAGOBERTO CESAR DA SILVA

APELANTE- MARIA AUGUSTA SILVA SOARES

APELADO - CONDOMINIO EDIFICIO CONDE DE VILLENEUVE

RELATOR PARA O ACÓRDÃO- DES. JOSÉ MÁRIO DOS MARTINS
COELHO

EMENTA: CIVIL E PROCESSUAL CIVIL - DIREITO À PROVA E GARANTIA ESSENCIAL DO PROCESSO - DIREITO AO CONTRADITÓRIO - PRINCÍPIO DA BILATERALIDADE DA AUDIÊNCIA – DESATENDIMENTO PELO MAGISTRADO DO PRIMEIRO GRAU - PROCESSO ANULADO A PARTIR DA PRODUÇÃO DA PROVA PERICIAL - JUDICANTE QUE SEM MANIFESTAR-SE SOBRE OS PEDIDOS DE RESPOSTA AOS QUESITOS SUPLEMENTARES E SEM DESIGNAR AUDIÊNCIA PARA OUVIR OS ESCLARECIMENTOS FORMULADOS PELOS APELANTES, PROFERIU SENTENÇA JULGANDO IMPROCEDENTE O PEDIDO INICIAL, SEM OFERECER ÀS PARTES OPORTUNIDADE PARA DEDUZIR SUAS ALEGAÇÕES FINAIS - APELO CONHECIDO E PROVIDO, DETERMINANDO-SE AO JUIZ PROCESSANTE QUE IMPULSIONE O FEITO COM FIEL OBSERVÂNCIA DA GARANTIA CONSTITUCIONAL DO CONTRADITÓRIO E DAS NORMAS PROCESSUAIS REGRADORAS DA ESPÉCIE

I “A bilateralidade da audiência, ou contraditoriedade assenta-se num importantíssimo regramento, dito princípio da justiça e determinante da exigência do tratamento paritário das partes, de tal sorte que haja o mais perfeito equilíbrio entre as suas respectivas atividades processuais.. (...)”

- II- Qualquer malferimento aos princípios contido no art. 5º, inciso LV do Estatuto Fundamental, assim entendidos os princípios da bilateralidade da audiência e da publicidade dos atos processuais como decorrência lógica do devido processo legal, configura nulidade insanável, por se traduzir em agressão latente aos postulados da ordem pública. “
- III- APELO CONHECIDO E PROVIDO.

ACORDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos da Apelação Cível Nº 2005.0012.7340-1, Acordam os Desembargadores integrantes da 1ª Câmara Cível, por maioria de votos, em conhecer do recurso de apelação, para lhe dar provimento, anulando o processo a partir da data de juntada aos autos do laudo pericial, oferecendo-se a quem de direito oportunidade de pronunciarse sobre o seu conteúdo.

Fortaleza (CE), 18 de fevereiro de 2008.

RELATÓRIO

Trata-se de Apelação Cível interposta por Dagoberto César da Silva e Maria Augusta Silva Soares, em que é apelado o Condomínio Edifício Conde de Villeneuve.

Impugna-se neste sede recursal sentença proferida pelo Juiz da 26ª Vara Cível da Comarca de Fortaleza que julgou improcedente ação de nunciação de obra nova ajuizada pelos apelantes visando impedir a construção de guarita elevada no Condomínio apelado, sob o argumento que tal obra redundaria em *“invasão direta à privacidade e intimidade dos requerentes, gerando, ainda, insegurança ao apartamento num todo, visto que alcançaria a altura das janelas do quarto de seu filho e do quarto do casal requerente, localizado no primeiro andar do edifício sob análise”*.

Pede-se a reforma da sentença recorrida ou, alternativamente, a anulação do processo, a partir da fase de produção da prova pericial, em razão de nulidade absoluta causada pela inobservância da garantia do contraditório constitucional, por não haver o juiz processante dado ensejo a que o perito respondesse aos quesitos suplementares, bem assim prestasse esclarecimentos em audiência, nos termos em que oportunamente requerido pelos apelantes.

Este em síntese, o relatório.

Por imperativo lógico, princípio por examinar a argüição de nulidade processual absoluta, cuja ausência constitui requisito de validade da sentença e, como tal, deverá ser apreciada previamente.

Observo que, após a nomeação do perito, as partes foram regularmente intimadas para a formulação dos respectivos quesitos e indicação dos correspondentes assistentes técnicos. (fls 70/75).

Todavia, não consta dos autos que as partes e os respectivos assistentes técnicos tenham sido intimados da data e da hora do início da produção da prova pericial, cuja ausência ao referido ato é corroborada pelo fato de os assistentes técnicos não haverem subscrito o laudo apresentado pelo perito, embora esse tenha consignado suas presenças.

Cumprir notar, demais disso, que embora o conteúdo dos autos não dê a conhecer a data em que o vistor realizou a perícia, é certo que o laudo foi elaborado no dia 09 de dezembro de 2005, três dias após os Apelantes haverem protocolado em juízo petição formalizando quesitos suplementares, não respondidos pelo experto em apreço.

Merece consignado que os Apelantes, após a apresentação do laudo pericial, reiteraram o pedido de resposta aos quesitos suplementares anteriormente formulados, ao tempo em que requereram a designação de audiência para que o perito esclarecesse diversos quesitos.

Sucedeu que, sem antes se manifestar sobre os pedidos de resposta aos quesitos suplementares e de designação de audiência para esclarecimentos formulados pelos Apelantes, ainda que para indeferi-los, desde que motivadamente, por força do disposto no art. 93, IX, da Constituição Federal, o juiz proferiu sentença, julgando improcedente o pedido inicial.

Acrescente-se, ainda, que o juiz processante também não concedeu às partes oportunidade para apresentação de suas alegações finais. Ora, se a sentença não foi proferida em audiência, a argüição de eventual nulidade em razão da ausência de oportunidade para a apresentação das razões derradeiras só se fez possível com a intimação da sentença, daí a ausência de preclusão e a possibilidade de argüir tal nulidade em sede de apelação.

O direito à prova é um aspecto essencial da garantia do contraditório e indissociável da efetividade do processo, pois é ele que possibilita à parte participar ativamente da formação do provimento final, trazendo ao conhecimento do juiz a parcela da realidade alegada como fundamento do direito pleiteado. Desse modo, como bem observou Barbosa Moreira, “*impende assegurar condições propícias à exata e completa reconstituição dos fatos relevantes, a fim de que o convencimento do*

judgador corresponda, tanto quanto puder, à realidade". (Notas sobre o problema da efetividade do processo, *In: Revista de Direito Processual*, 1986, p. 27.)

Na espécie trazida a tablado, a meu sentir, o comportamento do magistrado em primeiro grau de jurisdição farpeou virulentamente o postulado constitucional da garantia da defesa, preceito insculpido no cerne do devido processo legal, preconizado em tintas feéricas pela dicção do artigo 5º, inciso LV, da Constituição Federal de 1988, ao enunciar, categórico:

“ Aos litigantes, em processo judicial ou administrativo e aos acusados em geral, são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”

Tal regramento ensartado nos ditames do pergaminho cidadão, como acima se reproduziu insere-se no princípio do contraditório, na conceituação que lhe foi emprestada pelas novas vertentes doutrinárias da hodierna processualística, enfeixando-a no denominado preceito da garantia da plenitude da defesa, a consubstanciar a bilateralidade da audiência, que se assenta, consoante o prelúcido magistério de ROGÉRIO LAURIA TUCCI, na reiteração do postulado de que ninguém poderá ser privado da liberdade e de seus bens sem que se lhe propicie a produção de *ampla defesa* (*nemo in auditus debet damnari potest*) e esta só poderá efetivar-se em sua plenitude com o estabelecimento da participação ativa dos sujeitos parciais em todos os atos e termos do processo” (Conf. Tucci, Rogério Lauria *in Devido Processo Legal e Tutela Jurisdicional*, Editora Revista dos Tribunais, 1993, pg. 87 e segs). Para o emérito processualista, *ad instar* do proclamado preceito constitucional do contraditório e da ampla defesa, decorre paralelamente o indubitado significado condizente na idéia sobressalente de que “ao lado do *direito de ser informado* do aforamento da ação, (com a finalidade de o acionado conhecer o teor da postulação e poder preparar a sua atuação defensiva), a *garantia da plenitude da defesa* reclama, outrossim, sejam os sujeitos parciais do processo informados de todos os atos praticados durante o desenrolar do procedimento civil ou penal, com a probabilidade de manifestar-se sempre, e no prazo legal, ou no fixado pelo juiz, sobre a atividade desenvolvida pelo antagonista. E aduz: com efeito, a *bilateralidade da audiência*, ou *contraditoriedade*, assenta-se num importantíssimo regramento, dito princípio da justiça e determinante da exigência do tratamento paritário das partes, de tal sorte que haja o mais perfeito equilíbrio entre as suas respectivas atividades processuais (op, cit.

pg. 88, os grifos em itálico são da própria transcrição).

O direito à ampla defesa e ao contraditório não se subordina à simplória conceituação de uma manifestação do juízo ao atender ao impulso processual contido no pedido inaugural ou à oportunidade de se ouvir o réu na dedução de sua resposta conferindo-lhe em tese o princípio da *audiatur altera pars*, mas ao reverso, o curvamento ao pressuposto da audiência da parte, se projeta de modo teleológico em uma efetiva garantia, que exprime, na visão de *Capelleti* a garantia que se concede à parte de “*ser adequadamente ouvido durante todo o procedimento. Cada fase do procedimento deve ser estruturada de tal modo a propiciar às partes a garantia da defesa*”. (v. *op.e loc cits passim*).

O autor, assimilando o raciocínio de Jean Darbellay, dele retira excerto lapidar, esculpido em valiosa exegese em derredor do tema, ao discernir na dialética da garantia da defesa, verbis: “*a garantia da igualdade perante a lei, assegura às partes no curso de um processo contraditório, o direito de ser ouvido, de modo que nenhuma decisão pode ser proferida, a pedido de uma e em detrimento da outra, sem que esta tenha ocasião de se pronunciar a respeito*” (*Lê droit d’etre entendu, in ZEITSCHRIFT FÜR SCHWEIZERICHES RECHT*, 1964, (4):493-4, *apud LAURIA TUCCI*, *op.cit.* p. 89-90)

Acostamo-nos, nessa ordem de idéias, à conclusão inarredável consistente na inferência de que qualquer malferimento aos princípios contidos no art. 5, inciso LV, do Estatuto Fundamental, assim entendidos os princípios da bilateralidade da audiência e da publicidade dos atos processuais como decorrência lógica do devido processo legal, configura nulidade insanável, por se traduzir em agressão latente aos postulados da ordem pública.

Toda essa dogmática, indubiosamente, integra não só a cláusula do *due process of law*, nele se achando embutido o princípio dele derivado, a saber o *procedural due process*, e é nesse sentido exclusivamente processual, consoante denota NÉLSON NERY JÚNIOR, que a “doutrina brasileira tem empregado ao longo dos anos a locução *devido processo legal*, como se pode verificar v.g. da enumeração que se fez das garantias dela oriundas, verbis “a) direito à citação e ao conhecimento do teor da acusação, b) direito a um rápido e público julgamento, c) direito ao arrolamento de testemunhas e à notificação das mesmas para comparecimento perante os tribunais d) direito ao procedimento contraditório, e) (*omissis*), f) direito à plena igualdade entre acusação e defesa,” (*omissis*).” Prosseguindo, assinala o festejado jurisperito: “resumindo o que foi dito sobre este importante princípio, verifica-se que a cláusula *procedural due process of law* nada mais é do que a possibilidade efetiva de ter a parte acesso à

justiça, deduzindo pretensão e defendendo-se do modo mais amplo possível, isto é, de ter *his day in Court*, na denominação genérica da Suprema Corte dos Estados Unidos. (O dia na Corte, que integra o conjunto de direitos subjetivos do acesso à Justiça, constante nos documentos e protocolos internacionais, subsumidos ao princípio do *Fair Trial* [processo justo], integrando os preceiturários do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos, art. 14, garantia de toda pessoa ser ouvida perante os Tribunais e as Cortes de Justiça, onde lhes serão conferidas garantias, bem assim a Convenção Inter-Americana de Direitos Humanos, artigo 8, n. 1.v. também, O Sistema de Proteção aos Direitos Humanos e o Direito Brasileiro, coordenação de LUIZ FLÁVIO GOMES E FLÁVIA PROVESAN, Ed Rev. dos Tribunais, 2000, p. 208 e 209.).

Não se distancia desses sulcos, no tocante ao assunto que se traz à balha a jurisprudência do Colendo Superior Tribunal de Justiça. Confira-se, *litteratim*:

PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO. EXAME PERICIAL. REALIZAÇÃO. JUNTADA AOS AUTOS DO LAUDO. VISTA ÀS PARTES. NECESSIDADE. IMPOSSIBILIDADE DE PROFERIR SENTENÇA SEM DAR OPORTUNIDADE ÀS PARTES DE IMPUGNAÇÃO. PRINCÍPIO DO CONTRADITÓRIO. LEI N.10.358/2001. NOVA REDAÇÃO DO PARÁGRAFO ÚNICO DO ART. 433, CPC. DOUTRINA. RECURSO PROVIDO.

I – O princípio do contraditório, garantia constitucional, serve como pilar do processo civil contemporâneo, permitindo às partes a participação na realização do provimento.

II – Apresentado o laudo pericial, é defeso ao juiz proferir desde logo a sentença, devendo abrir vista às partes para que se manifestem sobre o mesmo, pena de violação do princípio do contraditório.

III - A Lei n.10.358/2001 alterou o parágrafo único do art. 433, CPC, que passou a exigir expressamente a intimação das partes a respeito do laudo pericial. (RESP 421342-AM, Ministro SÁLVIO DE FIGUEIREDO TEIXEIRA, Quarta Turma, Unânime, DJ 25.11.2002 p. 240)

PROCESSUAL CIVIL. EXAME PERICIAL. REALIZAÇÃO. JUNTADA AOS AUTOS DO LAUDO. VISTA AS PARTES. NECESSIDADE. IMPOSSIBILIDADE DE PROFERIR

SENTENÇA SEM DAR OPORTUNIDADE AS PARTES DE IMPUGNAÇÃO. PRINCÍPIO DO CONTRADITÓRIO. DOUTRINA. VIOLAÇÃO. ART. 398, CPC APLICADO A PROVA PERICIAL. PRECEDENTE. RECURSO PROVIDO
I - O PRINCÍPIO DO CONTRADITÓRIO, GARANTIA CONSTITUCIONAL, SERVE COMO PILAR DO PROCESSO CIVIL CONTEMPORÂNEO, PERMITINDO AS PARTES A PARTICIPAÇÃO NA REALIZAÇÃO DO PROVIMENTO.
II - APRESENTADO O LAUDO PERICIAL, É DEFESO AO JUIZ PROFERIR DESDE LOGO A SENTENÇA DEVENDO ABRIR VISTA AS PARTES PARA QUE SE MANIFESTEM SOBRE O MESMO, PENA DE VIOLAÇÃO DO PRINCÍPIO DO CONTRADITÓRIO. (RESP 92313-SP, Ministro SÁLVIO DE FIGUEIREDO TEIXEIRA, Quarta Turma, Unânime, DJ 08.06.1998 p. 113)

Exsurge, ainda, outro julgado do mesmo soldalício, da lavra do saudoso e percuciente Ministro Eduardo Ribeiro, assim ementado, *litteris*:

INCIDENTE DE FALSIDADE DOCUMENTAL – PERICIA.
APRESENTADO O LAUDO, NÃO PODE O JUIZ PROFERIR SENTENÇA, SEM ANTES PROPICIAR AS PARTES QUE SE PRONUNCIEM SOBRE O MESMO.
NÃO ATENDIDA ESSA EXIGENCIA DO CONTRADITÓRIO, ANULA-SE AQUELE ATO DECISÓRIO. (RESP 6102-AM, Ministro EDUARDO RIBEIRO, Terceira Turma, Unânime, DJ 22.04.1991 p. 4784)

Firme em tais considerações, peço vênua ao eminente Desembargador Relator para dar provimento à apelação e anular o processo, a partir da realização da prova pericial, determinando que o magistrado processante impulsione o feito com fiel observância da garantia constitucional do contraditório e das normas processuais que regulam a produção da prova pericial.

É como voto.

Fortaleza (CE), 18 de fevereiro de 2008.

PROCESSO NO2006.0007.5668-7/1

CLASSE: APELAÇÃO CÍVEL

APELANTE:: INSS – INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL

APELADO: ANTONIO SARAIVA DE ALMEIDA FILHO

RELATOR: DESEMBARGADOR FRANCISCO SALES NETO

ÓRGÃO JULGADOR: 1ª CÂMARA CÍVEL

E M E N T A: PREVIDENCIÁRIO. APELAÇÃO CÍVEL. REEXAME NECESSÁRIO. AUXÍLIO-ACIDENTE E APOSENTADORIA. POSSIBILIDADE DE CUMULAÇÃO. AÇÃO PROPOSTA APÓS A VIGÊNCIA DA LEI 9.528/97. CONCESSÃO DO BENEFÍCIO ACIDENTÁRIO ANTERIOR À NORMA PROIBITIVA. DIREITO ADQUIRIDO À CUMULAÇÃO. INCIDÊNCIA SOMENTE SOBRE AS PARCELAS VENCIDAS ATÉ A SENTENÇA. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.

1. Conforme reiterada jurisprudência do STJ, é possível a cumulação do benefício acidentário com aposentadoria por tempo de serviço, caso o infortúnio incapacitante tenha ocorrido antes da vigência da Lei 9.528/97, que alterou o art. 86, §2º da Lei 8.213/91.

2. Hipótese em que a concessão do benefício acidentário se deu em 08/12/1988, antes, portanto, da norma proibitiva.

3. Descabida a invocação da ação ter sido proposta após a alteração legislativa, pois o princípio aplicável à espécie é o *tempus regit actum*.

3. Os honorários advocatícios, nas ações previdenciárias, não incidem sobre prestações vincendas. Inteligência da Súmula 111 do STJ. Em razão disso, o percentual fixado em 20% (vinte por cento) deverá incidir apenas sobre as parcelas vencidas até a prolação da decisão. Sentença reformada, no ponto.

4. Recurso a que se dá parcial provimento.

A C Ó R D ã O

Vistos, relatados e discutidos estes autos.

Acordam os Desembargadores integrantes da Primeira Câmara Cível

do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, à unanimidade, em conhecer do recurso, para dar-lhe parcial provimento, nos termos do voto do Relator, parte integrante deste acórdão.

RELATÓRIO

Cuida-se de recurso de apelação interposto pelo INSS – INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL, em face de sentença da lavra da MM. Juíza da 20ª Vara Cível da Comarca de Fortaleza, que julgou procedente os pedidos formulados na Ação Acidentária proposta por ANTÔNIO SARAIVA DE ALMEIDA FILHO.

Entendeu a douta magistrada que assiste direito ao segurado de receber, cumulativamente com a aposentadoria, o benefício previdenciário do auxílio-acidente, nos seguintes termos:

“Ante o exposto, considerando os elementos do processo e as provas produzidas nos autos, JULGO PROCEDENTES os pedidos formulados pelo autor na presente ação movida contra o INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL – INSS, para o fim de determinar ao instituto demandado a restabelecer o pagamento do benefício denominado auxílio-acidente devido ao autor, benefício que deve ser calculado na forma do atual art. 86, §1º, da lei nº 8.213/91.

Condeno ainda o INSS ao pagamento, a partir de 04 de abril de 2001 até o cumprimento da obrigação de fazer acima estipulada, do valor que deveria ter sido pago ao autor a título de auxílio acidente, cumulado com correção monetária, juros de mora no percentual de 6% (seis por cento) ao ano durante a vigência do antigo Código Civil e juros de mora de 12% (doze por cento) ao ano após o início de vigência do novo Código Civil, tudo com base nas Súmulas nºs. 148 e 204 do STJ.

Por fim, condeno o promovido ao pagamento das custas processuais e honorários advocatícios no percentual de 20% (vinte por cento) sobre o valor da condenação, tudo por força do disposto no caput do art. 20 do Código de Ritos.”

Em razões recursais que repousam às fls. 43/47, o INSS alegou, em síntese, o seguinte: a) o valor mensal do auxílio-acidente passou a integrar o salário de contribuição da aposentadoria; b) que, caso existisse a possibilidade de

cumulação dos benefícios de aposentadoria e auxílio acidente, estaria havendo um “bis in idem”; c) perdeu o auxílio-acidente a qualidade de benefício vitalício; d) somente os segurados que estavam aposentados até a data da edição da Lei Nº 9.528/97, é que fazem “jus” à cumulação; e) não há que se falar em direito adquirido do segurado, visto ter este se aposentado sob a égide da nova lei; f) os honorários advocatícios não incidem sobre prestações vencidas após a sentença.

Com tais argumentações, requereu a reforma da sentença.

O apelado apresentou contra-razões às fls. 51/52, pugnando pelo improvimento do recurso.

Os autos ascenderam a esta Corte Estadual, e foram encaminhados à Douta Procuradoria Geral de Justiça, a qual, em parecer de mérito que dormita às fls. 61/65, opinou no sentido de que seja parcialmente provido o recurso, apenas no tocante à condenação em honorários advocatícios, ressalvando que estes, nas ações previdenciárias, não incidem sobre as prestações vencidas após a sentença.

Em suma, é o relato.

V O T O

Conheço do recurso, vez que preenchidos todos os seus pressupostos de admissibilidade.

Necessário salientar, antes mesmo da análise da apelação interposta, que o art. 475, inciso I, do CPC, é claro quando dispõe a respeito do recurso oficial, sujeitando ao duplo grau de jurisdição, sem a análise do qual não produzirão efeitos, as sentenças proferidas contra as autarquias federais.

Ora, a remessa “ex officio” é obrigatoriedade imposta ao Magistrado de submeter ao duplo grau de jurisdição a decisão proferida.

Não transita em julgado, nem mesmo é exequível a sentença que condena a União, os Estados, o Distrito Federal, os Municípios, as respectivas autarquias e fundações públicas, antes do reexame necessário.

Nessa esteira, diante da ausência da remessa oficial, vindo os autos ao Tribunal, ainda que em função de recurso interposto por autarquia federal, cabe o reexame de ofício, posto que este deverá ocorrer por determinação legal.

A Súmula 423 do STF dispõe a respeito:

“Não transita em julgado a sentença por haver omitido o recurso *ex officio*, que se considera interposto *ex lege*”.

Colocadas tais considerações, passo a examinar conjuntamente os recursos oficial e voluntário.

Analisando este caderno processual, tenho que a sentença de 1º Grau, quanto ao mérito, não merece reparos.

Ao que se colhe dos autos, o autor sofreu acidente de trabalho em

18/06/1987, pelo qual foi concedido auxílio acidente em 08/12/1988, cessado em 13/01/1997, através de carta endereçada ao apelado (fl. 18), com os seguintes fundamentos:

“(...)Participamos a V. Sa. que o pagamento do benefício em referência foi cessado de acordo com a legislação em vigor por Acumulação Indevida, Decreto-Lei nº 83.080 de 24.01.79, art. 241, §2º.

O prejuízo causado à Previdência Social, em decorrência da irregularidade mencionada, será descontado de forma parcelada do seu benefício Espécie 42 NB 102.260.082-3, de acordo com as normas em vigor. (...)”

Da leitura de tal carta, pode-se afastar, de plano, a alegação dada pelo INSS de que o valor mensal do auxílio-acidente passou a integrar o salário de contribuição da aposentadoria do apelado. Ora, o próprio órgão previdenciário deu ciência ao contribuinte que descontos seriam efetuados em seus proventos de aposentadoria, por entender que aquela acumulação era indevida.

Neste tocante, vale dizer que a aposentadoria do recorrido se deu na época em que a legislação pátria não proibia sua cumulação com outro benefício, o que somente veio a acontecer com a edição da Medida Provisória n. 1.596, de 11 de novembro de 1997, convertida, posteriormente, na Lei n. 9.528, de 10 de dezembro de 1997, dando ao §2º do artigo 86 da Lei nº 8.213, de 24 de julho de 1991, a seguinte redação:

“O auxílio-acidente será devido a partir do dia seguinte ao da cessação do auxílio-doença, independentemente de qualquer remuneração ou rendimento auferido pelo acidentado, vedada a sua acumulação com qualquer aposentadoria”.

A Lei 9.528/97, que veda a cumulação com qualquer tipo de aposentadoria, não alcança o direito adquirido pelo recorrido, visto que, seus efeitos deverão operar-se somente após sua entrada em vigor, ou seja, em 10.12.97.

É cediço que os segurados que faziam jus ao auxílio-acidente antes da vedação legal, devem usufruir do seu direito, mesmo que cumulado com a aposentadoria por tempo de serviço.

É firme o entendimento esposado pelo egrégio Superior Tribunal de Justiça, no sentido de considerar possível a cumulação da aposentadoria com o benefício previdenciário do auxílio-acidente, desde que a moléstia tenha surgido antes do advento da Lei n.º 9.528/97, por força da aplicação do princípio *tempus regit actum*.

À propósito:

“AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. CUMULAÇÃO. MOLÉSTIA DESENVOLVIDA EM DATA POSTERIOR À EDIÇÃO DA LEI Nº 9.528/97. IMPOSSIBILIDADE. IRRESIGNAÇÃO DO AGRAVANTE QUANTO À DATA DE INÍCIO DA MOLÉSTIA. ACÓRDÃO DO TRIBUNAL A QUO EXARADO COM BASE NAS CONCLUSÕES DO PERITO QUE OFICIOU NO FEITO. DECISÃO AGRAVADA MANTIDA POR SEUS PRÓPRIOS FUNDAMENTOS. AGRAVO REGIMENTAL IMPROVIDO. 1. *A Terceira Seção deste Tribunal, em obediência ao princípio lex tempus regit actum, decidiu ser possível a cumulação dos benefícios de auxílio-acidente com a aposentadoria somente nos casos em que a moléstia incapacitante tenha ocorrido em data anterior à edição da Lei nº 9.528/97.* 2. Residindo a irresignação do agravante no argumento de que a moléstia profissional teria se desenvolvido durante o contrato de trabalho, há que se privilegiar o bem fundamentado acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, que, para delimitar a data de início da doença, amparou-se nas conclusões do perito que oficiou no feito. 3. Agravo regimental improvido.” (AgRg no REsp 1065309/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 20/11/2008, DJe 09/12/2008).

“PREVIDENCIÁRIO. AUXÍLIO-ACIDENTE. MOLÉSTIA ANTERIOR À LEI 9.528/97. APOSENTADORIA POR TEMPO DE SERVIÇO. CUMULAÇÃO. POSSIBILIDADE. 1. *Tratando-se de benefício acidentário concedido em razão de moléstia anterior à Lei 9.528/97, é possível sua acumulação com a aposentadoria por tempo de serviço.* 2. *Agravo interno ao qual se nega provimento.*” (AgRg no REsp 890.933/RJ, Rel. Ministra JANE SILVA (DESEMBARGADORA CONVOCADA DO TJ/MG), SEXTA TURMA, julgado em 18/11/2008, DJe 09/12/2008).

“PREVIDENCIÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ESPECIAL. BENEFÍCIO ACIDENTÁRIO CONCEDIDO NA VIGÊNCIA DA LEI 6.367/76 E INCORPORADO PELA LEI 8.213/91. CONCESSÃO DE APOSENTADORIA POR TEMPO DE CONTRIBUIÇÃO EM DATA ANTERIOR À VIGÊNCIA DA LEI 9.528/97. CUMULAÇÃO DOS BENEFÍCIOS. POSSIBILIDADE. PRINCÍPIO DO TEMPUS REGIT ACTUM. PRECEDENTE DA

3a. SEÇÃO/STJ. 1. *O benefício acidentário disciplinado pela Lei 6.367/76 foi incorporado pela Lei 8.213/91, tendo suas disposições, inclusive quanto à possibilidade de cumulação de auxílio-acidente e aposentadoria, incidência imediata sobre todos os benefícios em manutenção.* 2. *Tendo o segurado se aposentado em data anterior à vigência da Lei 9.528/97, não lhe alcança a proibição, prevista nesse normativo, de acumulação de benefício acidentário com qualquer espécie de aposentadoria do regime geral, em observância ao princípio do tempus regit actum.* 3. *Agravo Regimental do INSS desprovido.*” (AgRg no REsp 979.667/SP, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, QUINTA TURMA, julgado em 28/08/2008, DJe 13/10/2008).

Na espécie, quando da ocorrência da lesão acidentária, inexistia em nosso ordenamento jurídico qualquer proibição para que o segurado do Instituto Nacional do Seguro Social recebesse, ao mesmo tempo, aposentadoria e auxílio-acidente.

Resta assim demonstrado que o apelado adquiriu o direito de receber o auxílio-acidente ainda sob a égide da Lei n. 8.213/91, que, vigendo na época do fato causador do benefício concedido, o qualificava como vitalício.

Sem mais delongas, conclui-se que é possível a cumulação do auxílio-acidente com aposentadoria por tempo de serviço se o direito à percepção do benefício de natureza acidentária antecede a vigência da Lei nº 9.528/97.

No que tange aos honorários advocatícios, importa dizer que o percentual de 20% (vinte por cento) fixado pelo Juiz de primeiro grau a título de verba honorária encontra-se dentro do disposto no art.20, §4º do CPC.

Entretanto, deve-se ressaltar que, conforme dispõe a Súmula 111 do STJ, “*os honorários advocatícios, nas ações previdenciárias, não incidem sobre prestações vencidas*”. Em razão disso, o percentual de 20% (vinte por cento) deve incidir apenas sobre as parcelas vencidas até a prolação da decisão.

Por tudo exposto, EM REEXAME NECESSÁRIO dou parcial provimento ao recurso, apenas para determinar que o valor de 20% (vinte por cento) fixado pela Juíza de primeiro grau a título de verba honorária deve incidir apenas sobre as parcelas vencidas até a prolação da decisão (Súmula 111 STJ). No mais, mantenho a sentença tal como está lançada.

Custas, *ex lege*.

Fortaleza, 18 de maio de 2009.

PROCESSO Nº 2006.0010.6403-7/0
APELAÇÃO CÍVEL DE BARROQUINHA
APELANTE: ESPÓLIO DE C. F. V.
APELADOS: J. O. V. E I. P.
RELATOR: DES. FRANCISCO LINCOLN ARAÚJO E SILVA

EMENTA: CIVIL. PROCESSUAL CIVIL. FAMÍLIA. INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE. PROVAS INDICIÁRIAS. PROVA TESTEMUNHAL. ADMISSIBILIDADE SENTENÇA MANTIDA. RECURSO DE APELAÇÃO IMPROVIDO.

1. A prova, na ação investigatória de paternidade, é a grande questão, não sendo possível, na maioria das vezes, a prova direta, restando somente a indireta ou indiciária, o que exige do Magistrado apuração mais rigorosa neste tipo de ação;
2. Comprovado relacionamento amoroso das genitoras com o suposto pai, com ocorrência de relações sexuais coincidindo com o período da concepção dos autores;
3. Confirmação de sentença que declara a paternidade dos investigantes;
4. Sentença mantida;
5. Apelação conhecida e improvida.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de Apelação Cível nº 2006.0010.6403-7/0, 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

Tudo visto e examinado.

Não se vislumbra vício capaz de inquinar nenhuma nulidade processual. Estão atendidos os requisitos próprios de admissibilidade, nos termos dos art. 506 e 513, do CPC, razão pela qual conheço do recurso interposto.

Inicialmente, impende salientar que a pretensão da apelante reside em reverter a decisão proferida pelo MM. Juiz *a quo* que julgou procedente a Ação de Investigação de Paternidade, amparada em depoimentos testemunhais.

Em ação investigatória de paternidade, como asseveram os mais

renomados doutrinadores, no direito atual, a tendência é sempre no sentido de ser facilitado o reconhecimento da paternidade, o que faz justificar plenamente que o feito se proceda com base apenas em indícios e circunstâncias que evidenciam os fatos argüidos pela parte investigante.

No decorrer da fase instrutória, restou evidenciada a paternidade dos autores, valendo esclarecer que tal assertiva foi reforçada pelos depoimentos das testemunhas arroladas pelos apelados.

A testemunha M. I. B. G., tendo sido ouvida mediante compromisso (fls. 52/53), afirmou que:

“Que não sabe dizer porque do falecido C. F. não haver registrado o menino; que em vida quando o menino precisou estudar foi o falecido que manteve seus estudos; Que era público e notório na cidade o relacionamento de C. F. com mãe de J. de O.; Que quando J. de O. nasceu até a idade de um ano e pouco residia com sua mãe passando em seguida a morar na casa de D. A. V. casada com seu tio P. Z. V. (...)Que durante alguns anos tomou conhecimento da existência de um novo relacionamento de C. V. com M. mãe de I.; (...); Que não chegou a viver com a mãe da requerente debaixo do mesmo teto, mas que ia muito na casa da mãe da requerente, que só não fazia pernoitar; Que por ocasião da doença de C. V. foi I. que cuidou do *de cujus* (...)”

M. F. C., ouvido mediante compromisso (fls. 54/55), trouxe de relevante em seu depoimento, o seguinte trecho:

“Que muitas vezes em rodas de brincadeiras quando bebiam juntos o falecido admitia que o O. era seu filho; Que quando terminou o romance com a mãe de O. iniciou o *de cujus* com a mãe de I.; (...) Que todos os finais de semana a testemunha e o falecido estavam juntos e que o falecido dizia ser I. filha dele; Que na cidade todo mundo sabia que eles eram filhos do falecido (...)”

Outro testemunho que trouxe esclarecimentos para a investigação, foi o da Sr^a Luzia da Conceição (fls. 56/57):

“Que conheceu a mãe de O. e que a mesma manteve um romance nos anos de 1946 com o Sr. C. V.; Que deste romance nasceu o J. O.; Que era público e notório na cidade ser Sr. O. filho de C. V. falecido; Que também era público e notório ser D. I. filha do Sr. C. V. nascida do romance de sua mãe D. M. com o Sr. C. V.; Que a testemunha residia muito tempo na casa do Sr. C. V.; Que enquanto lá viveu C.,

representante do espólio, ia lá passear; Que quando a testemunha de lá saiu é que C. passou a morar com o marido; Que desconhece, digo que sabe que C. tem uma filha com o Sr. C. V. mas que a menina foi trazida de Fortaleza pela mãe de C. (...), que o falecido registrou a menina como sua filha (...)"

A prova oral produzida na fase instrutória, consubstanciada nas declarações dos testigos que ali depuseram, deixa revelar a verdade dos fatos articulados pelos autores, tocante à coincidência das relações sexuais mantidas pelas genitoras dos apelados com o *de cuius*, além do fundamental aspecto relativo à contemporaneidade existente entre os supracitados relacionamentos amorosos e o nascimento dos autores.

Com efeito, a prova testemunhal sempre foi admitida amplamente na Ação Investigatória. Nessas ações, o magistrado sempre pode se servir de prova indireta, de indícios sérios de que o suposto pai teria mantido relacionamento sexual com a mãe do Investigante no período da concepção. A título ilustrativo, vejamos os seguintes julgados:

ALIMENTOS – Mérito – Não sendo o teste de DNA obrigatório, se as provas testemunhais, confirmam a paternidade e, se à época da concepção, coincide com as relações sexuais havidas entre o casal, há que se obrigar ao pai pagar os alimentos ao filho (TJSC; Ap. 37.942; 3º CC; Rel. Des. Cid Pedroso; j. 12.5.92)

RECONHECIMENTO DE PATERNIDADE ATRAVÉS DE PROVAS TESTEMUNHAIS – Diante da recusa do varão em fazer exames hematológicos, pode a paternidade ser reconhecida se, através de provas testemunhais (...), houver forte indício de relacionamento exclusivo entre o suposto pai e a mãe no período do nascimento do filho. (TJRS; Ap. 593.1134.661; 7º CC; Rel. Des. Carlos Teixeira Giorgis; j. 22.06.94)
(grifo não confere com o original)

No que tange ao reconhecimento de filiação, o juiz dispõe, na apreciação da prova, de maior discricionariedade e, por não poder a prova repousar sempre em certeza absoluta, deverá socorrer-se de presunções e indícios capazes de gerar certeza relativa, que resulta de um estado subjetivo de convicção. Evidenciada a coincidência entre a concepção do filho e as relações sexuais da mãe com o suposto pai, há de reconhecer-se a almejada paternidade.

“Investigação de Paternidade. Apreciação das provas. Livre arbítrio do juiz. Em tema de investigação de paternidade, o

juiz dispõe, na apreciação da prova, de um grande arbítrio, e por não poder a prova repousar sempre numa certeza absoluta, deverá socorrer-se de presunções e indícios capazes de gerar certeza relativa, que resulta de um estado subjetivo de convicção. (TJSC, Apelação Cível nº 21.883, Terceira Câmara Cível, Rel. Des. Néilson Konrad; 04.12.1984)”.

Por outro lado, vale ressaltar que o exame de DNA não constitui prova única a ser utilizada na Ação Investigatória. Não sendo possível sua realização, os demais meios de prova disponíveis na sistemática processual continuam válidos e possíveis para a determinação da paternidade. Vejamos o entendimento da jurisprudência que elucida a questão em foco:

EXAME HEMATOLÓGICO – Concepção – Se a concepção do investigante coincidiu com a relação existente entre a sua mãe e o investigado e se os supostos irmãos recusam-se a fazer o exame hematológico, há que se confirmar a paternidade por serem, tais fatores, fortes **indícios** de veracidade de tal alegação. (TJRS; Ap. 593.112.618; 7º CC; Rel. Des. José Carlos Teixeira Giorgis; j. 11.5.94)

NULIDADE DE SENTENÇA – Prova hematológica – Ausência. Tendo sido a decisão proferida com base na análise de todos os argumentos expostos no processo e verificada a existência de fortes **indícios** que levam à confirmação de paternidade, não há que se falar em nulidade da sentença que determinou o citado reconhecimento, mesmo não havendo prova hematológica. (TJRS; Ap. 592.104.004; 7º CC; Rel. Des. Jasson Ayres Torres; j. 26.5.93) (grifo não confere com o original)

Decerto, o acima exposto é perfeitamente aplicável à prova indiciária, porque em determinados casos, não há como realizar exames periciais, a salientada espécie probatória é de extrema relevância para a composição da lide.

Neste sentido, há de se concluir que a sentença recorrida não merece reforma nem censura ao dar pela procedência da lide, declarando o investigado, pai biológico dos investigantes e determinando as devidas averbações em certidões de nascimento dos autores.

Diante do exposto, conheço do recurso e nego provimento, para o propósito de ser confirmada a decisão hostilizada, pelos fundamentos fáticos e jurídicos que lhe são próprios.

É o meu voto.

Fortaleza, 17 de setembro de 2008.

PROCESSO Nº 2007.0006.9615-1/1
APELAÇÃO CÍVEL – REEXAME NECESSÁRIO - MS
COMARCA: ARACATI
APRESENTANTE: JUIZ DE DIREITO DA 1ª VARA DA COMARCA DE ARACATI
AUTOR: INSTITUTO CIDADES
RÉU: SECRETÁRIO DE PLANEJAMENTO E ADMINISTRAÇÃO DE ARACATI/CE
RELATORA: DESEMBARGADORA VERA LÚCIA CORREIA LIMA

EMENTA: ADMINISTRATIVO. LICITAÇÃO. REVOGAÇÃO. LIMITES. BOA FÉ. ADMINISTRAÇÃO. COMPORTAMENTO CONTRADITÓRIO. IMPOSSIBILIDADE.

1. Ao deflagrar o procedimento licitatório, a Administração realiza juízo de conveniência, o qual é confirmado quando da elaboração e aprovação do ato convocatório.
2. Em tema de licitação, o *caput* do art. 49 da Lei de Licitações condiciona a revogação à ocorrência de fato superveniente.
3. A Administração, por dever de respeito à boa-fé daqueles que se interessam por um dado certame, não pode, sem a ocorrência de fato superveniente, assumir, a título de revogação, um comportamento contraditório.
4. Sentença confirmada no reexame necessário.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos reveladores do Reexame Necessário nº 2007.0006.9615-1/1, em que figuram como remetente o JUÍZO DA 1ª VARA DA COMARCA DE ARACATI e, como impetrante, o INSTITUTO CIDADES, acordam os Desembargadores da Quarta Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, à unanimidade de votos, em confirmar a sentença, tudo nos termos do voto da Relatora. A Relatora, com base no art. 40 do CPP, votou pela extração e remessa de cópias para o Ministério Público do Estado do Ceará, o que foi acompanhada pela Câmara.

Fortaleza, 21 de outubro de 2009.

RELATÓRIO

Trata-se de REEXAME NECESSÁRIO em Mandado de Segurança impetrado pelo INSTITUTO CIDADES em face de ato do Sr. SECRETÁRIO

DE PLANEJAMENTO E ADMINISTRAÇÃO DE ARACATI/CE.

Objetiva o impetrante declaração de ilegalidade do ato que determinou a revogação da TP 2811.01/2006, impedindo dessa forma, a realização de novo certame, até a decisão final do *writ*. Sustenta, em síntese, que a empresa foi vencedora em processo de licitação realizado pelo Município de Aracati-CE, na modalidade de tomada de preços e com a finalidade de organizar e executar concurso público para preenchimento de cargos na Administração Pública local. O resultado foi adjudicado e homologado. Contudo, o processo licitatório foi revogado com afronta ao determinado na Lei nº 8.666/93. Inexistiu interesse público decorrente de fato superveniente devidamente comprovado, que autorizasse a revogação. O ato foi abusivo e ilegal. Sob alegação da presença da fumaça do bom direito e do perigo de dano iminente, requer deferimento de liminar, e, ao final, a concessão em caráter definitivo da segurança, anulando o ato que determinou a revogação da licitação e determinando a execução do contrato pelo Impetrante. Instrui a inicial com os documentos das fls. 19/80 e 86/124.

A liminar foi deferida, fls. 82/83, proibindo a autoridade coatora de realizar novo certame licitatório relativo à Contratação de Serviços para Procedimento de Seleção para Admissão de Pessoal e suspendendo a revogação da TP 2811.01/2006.

A autoridade apontada coatora por primeiro noticia ato do impetrante em desrespeito à decisão liminar, fls. 125/128, com documentos. Relata que após a concessão da liminar tornou público, em página da internet, a realização do concurso, apresentando o edital com os períodos de inscrição, as taxas a serem depositadas nas contas de propriedade da impetrante. Pede providências.

A seguir e tempestivamente, presta informações, fls. 377/386, também com documentos. Após relatar a pretensão do impetrante, salienta que a incompatibilidade com o interesse público tornou inviável a homologação e conseqüentes adjudicação e assinatura do contrato. Houve a revogação do processo licitatório, com justificativa, inclusive de afronta ao disposto no inciso X do artigo 40 da Lei nº 8.666/93, fls.20/23 e 336/339. Consigna que a lei de licitações confere “(...) *atuação discricionária ao ordenador de despesas para sanar irregularidades, invalidar o procedimento, **REVOGAR A LICITAÇÃO POR RAZÕES DE ORDEM ADMINISTRATIVA E INTERESSE PÚBLICO** ou homologar o resultado final do certame.* (...)”, fl. 386. Para lançar a decisão revogatória narra os cuidados que tomou. Nenhuma ilegalidade apresenta o ato, que o torne passível de reexame pelo Poder Judiciário. Manifestamente inverídicas as alegações do impetrante no sentido de que houve homologação e assinatura do contrato. Inexiste direito líquido e certo a ser amparado via mandado de segurança. Cita doutrina e jurisprudência que confortam sua tese. Considera litigante de má-fé o impetrante. Requer seja negada a segurança e condenado o impetrante e seus procuradores ao pagamento de multa, indenização, honorários advocatícios e mais despesas por litigância de má-fé.

Intimado, manifesta-se o Instituto Cidades acerca das informações, fls. 412/423. Por primeiro faz referência ao pedido de providências, fls. 125/128,

alegando que não é objeto desta ação. Continua: “(...)o impetrante tem a dizer apenas que, em virtude da veemente negativa do impetrado em receber os representantes do Instituto para um diálogo aberto e amigável, ***viu-se obrigado a forçar esse contrato, publicando o Edital, no aguardo da possibilidade de conversa entre as partes(...)***”, fl. 414, grifei. No mesmo dia da publicação em seu site, retirou o edital de circulação. Não houve inscrição nem prejuízo à Administração. Sobre homologação e adjudicação do certame, confirma a inexistência de comprovação deles, atribuindo-a a recusa da autoridade apontada coatora em fornecer qualquer documento. Tece consideração acerca do ofício encaminhado ao Sr. Prefeito Municipal. Repete argumentos da inicial, sustentando a ilegalidade do ato. Sobre litigância de má-fé, a atribui à autoridade apontada coatora. Ao final requer a manutenção da liminar, com acolhimento do pedido e determinação para que sejam apresentados documentos de habilitação, adjudicação e contrato referentes à licitação.

O Órgão do Ministério Público opina pela denegação da segurança, fls. 474/479.

A sentença, fls. 430/434, concede em parte a segurança: “(...)Isto posto, por entender ter havido violação ao direito líquido e certo do impetrante de vê-se sagrado vencedor em processo licitatório válido e perfeito e que, sem motivo justo, foi revogado, ***CONCEDO PARCIALMENTE A SEGURANÇA pleiteada, e, em consequência, declaro nulo o ato impugnado (...)***”, fl. 430/434.

Nesta instância, o DD. Procurador de Justiça opina pela manutenção integral da sentença ora posta ao reexame necessário.

É o relatório.

VOTO

Tal como adiantado pelo relatório, discute-se, na vertente sede mandamental, os limites da revogação do ato administrativo no âmbito do processo licitatório. Sendo assim, transcrevo o teor do *caput* do art. 49 da Lei nº 8.666/93 (Lei de Licitações):

“Art. 49. A autoridade competente para a aprovação do procedimento somente poderá revogar a licitação por razões de interesse público decorrente de fato superveniente devidamente comprovado, pertinente e suficiente para justificar tal conduta, devendo anulá-la por ilegalidade, de ofício ou por provocação de terceiros, mediante parecer escrito e devidamente fundamentado.”

Também exsurge imprescindível, em razão da sua maestria, a transcrição dos comentários que o professor Marçal Justen Filho (*in*: Comentários à lei de licitações e contratos administrativos. 11. ed. São Paulo: Dialética, 2005. p. 463) faz acerca do mencionado dispositivo:

“Ao determinar a instauração da licitação, a Administração realiza juízo de conveniência acerca do futuro contrato. Esse juízo é confirmado quando da elaboração e aprovação do ato convocatório. No momento final da licitação, após apurada a classificação, exercita-se novo juízo de conveniência. Não se trata, porém, do mesmo juízo. Exercita-se sobre supostos fáticos distintos. Vale dizer, a Lei reconhece um condicionamento à revogação. A diminuição pode desfazer seus próprios atos, a qualquer tempo, tendo em vista avaliação de sua inconveniência. Tendo concluído que o ato é conveniente e determinado sua prática ou manutenção, a Administração se vincula a essa decisão. Poderá revê-la desde que existam circunstâncias novas, inexistentes ou desconhecidas à época anterior. Logo, não se admite que a Administração julgue, posteriormente, que era inconveniente precisamente a mesma situação que fora reputada conveniente em momento pretérito. Nesse sentido, a lei determina que a revogação dependerá da ocorrência de ‘fato superveniente devidamente comprovado’. Isso indica a inviabilidade de renovação do mesmo juízo de conveniência exteriorizado anteriormente. Em termos práticos, significa uma restrição à liberdade da Administração, criando uma espécie de preclusão administrativa. Uma vez exercitada determinada competência discricionária, a Administração não poderia rever o ato, senão quando surgissem fatos novos. Com a consagração expressa da posição adversa, fica afastada a tese de que ‘O fato de a inconveniência ou da inoportunidade decorrer de critério adotado pela própria administração não constitui qualquer obstáculo à edição de providência em sentido contrário.

A Administração não pode revogar a licitação simplesmente pela invocação de substituição do critério de apreciação dos fatos.”

É com base em tais premissas que considero que a Administração, ao erigir uma licitação no intuito de vencer a necessidade então experimentada, deve, de maneira irrenunciável – mas dentro do possível – lançar mão das ponderações que ordinariamente estariam envolvidas na implementação de um dada contratação, tudo isso como consequência do princípio da eficiência.

Ademais, sem desconsiderar que é pressupondo esse dever de cuidado por parte do Estado que os interessados lançam-se, de boa-fé, a uma dada disputa, tenho o art. 49 da Lei nº 8.666/93 como o fulcro legal (em matéria de licitações, ressalte-se) da proibição do *venire contra factum proprium*, ou seja, da vedação do comportamento contraditório por parte da Administração.

É, pois, com esse horizonte hermenêutico que entendo que o Termo de Revogação, subscrito pela autoridade ora impetrada, não se fez dentro dos limites juridicamente autorizados. Eis, para efeito de documentação em voto, o registro das suas justificativas:

“a) O edital de Licitação, elaborado pela Comissão de Licitação e assinado pelo seu presidente, foi publicado sem que dele eu, titular e ordenador de despesas da Secretária (sic) de Planejamento e Administração, autoridade que solicitou a abertura do processo de licitação, tivesse tido conhecimento do seu teor;

b) Na análise do edital após receber o processo para homologação e adjudicação ao vencedor do certame, verifiquei a existência da seguinte incorreção, que no meu entendimento compromete a lisura do processo. Qual seja: o item 5.2.4 do edital que fixa em R\$ 40,00 (quarenta) o valor a ser pago pelo município por cada inscrição excedente ao limite de 3.000 (três mil) está em desacordo com o que estabelece a legislação em vigor, senão vejamos: - **‘5.2.4 – Preço total para o serviço proposto, considerando o procedimento de seleção para admissão de pessoal até o limite de 3.000 (três mil) candidatos escritos, e ainda será pago o valor de R\$ 40,00 (quarenta reais), referente a cada inscrição excedente a 3.000 (três mil) candidatos’**. A fixação em R\$ 40,00 (quarenta reais), valor a ser pago à empresa vencedora do processo licitatório e realizadora do concurso, por cada inscrição realizada após atingido o limite de 3.000 (três mil) inscrições, fere o que está estabelecido no inciso X de artigo 40 da lei 8.666 de 21 de junho de 1993, que dispõe de regras que deverão, obrigatoriamente, constar do edital, que diz: **‘X – o critério de aceitabilidade dos preços unitário e global, conforme o caso, permitida a fixação de preços máximo e vedadas a fixação de preços mínimos, critérios estatísticos ou faixas de variação em relação a preços de referência, ressalvados o disposto nos §§ 1º e 2º, do art. 48’**. A fixação do valor em R\$ 40,00 (quarenta reais) impediu que fosse realizadas, pelos concorrentes, propostas com valores inferiores àquele definido no edital, para as inscrições que excedessem ao limite de 3.000 (três mil);

c) Outra incorreção verificada, também em decorrência da situação descrita no item anterior, está relacionada aos valores das taxas de inscrições propostas pela empresa vencedora do certame, quais sejam:

para cargos de nível superior – R\$ 90,00 (noventa reais)

para cargos de nível médio – R\$ 40,00 (quarenta reais)

O que significa que após atingido o limite de 3.000 (três mil) candidatos inscritos, do valor de R\$ 90,00 (noventa reais) pago por cada inscrição excedente para os cargos de nível superior, R\$ 40,00 (quarenta reais) serão repassados para a empresa realizadora do concurso, já o valor de R\$ 40,00 (quarenta reais) pago por cada inscrição excedente para os cargos de nível médio será, integralmente,

repassado para a empresa, passando ser esta a única favorecida com a arrecadação das inscrições para os cargos de nível de (sic) médio, trazendo, por consequência, prejuízos ao município.

Some-se a isso o fato de que pelo valor proposto pela empresa vencedora do certame da ordem de R\$ 111.600,00 (cento e onze mil e seiscentos reais) considerando o limite 3.000 (três mil) inscrições, o município deverá pagar o preço médio de R\$ 37,20 (trinta e sete reais e vinte centavos), por inscrição, estando nele contemplados todos os custos fixos e variáveis, e o lucro almejado pela empresa. Enquanto isso, para as inscrições feitas a partir do limite fixado, esse preço médio será aumentado para R\$ 40,00 (quarenta reais), quando nele estão contemplados apenas os custos variáveis e lucro almejado pela empresa.

Ademais na pesquisa de preços realizada antes de iniciado o processo licitatório, cuja documentação foi enviada para análise do setor de licitação haviam (sic) propostas recebidas de empresas consultadas, com preços mais favoráveis para o município que aqueles vencedores da licitação. Como exemplo, podemos citar a proposta recebida da FUNECE – Fundação Universidade Estadual do Ceará, cujo preço médio proposto foi da ordem de R\$ 32,33 (trinta e dois reais e trinta e três centavos) e R\$ 23,00 (vinte e três reais) por inscrição excedente.” (destaques do original)

Concordo, pois, com a linha de raciocínio do douto Juízo da 1ª Vara da Comarca de Aracati que, ao conceder parcialmente a segurança, assim proclamou (fls. 432/433):

“Esclarecidas as condições que autorizam a revogação do ato administrativo, cabe-nos, agora, verificar se surgiram fatos novos e se esses fatos são pertinentes e suficientes a ensejar a revogação da licitação.

Justifica o impetrado o seu ato de revogação no fato de ignorar o teor do edital de licitação publicado; no fato do item 5.2.4 do edital fixar o valor de R\$ 40,00 (quarenta reais) a ser pago em cada inscrição excedente ao número de 3.000 (três mil) candidatos inscritos, o que afronta determinação legal contida no inciso X, do artigo 40, da Lei 8.666/93; no prejuízo que o município teria com o pagamento das inscrições excedentes para os cargos de nível médio, uma vez que o valor de referidas inscrições seria integralmente repassado ao impetrante.

O edital de licitação foi elaborado e publicado por quem de direito, no caso a Comissão Permanente de Licitação, e o fato do impetrado desconhecer seu teor em nada macula sua validade, sendo, por isso, totalmente descabida tal justificativa.

O segundo motivo alegado para a revogação do processo licitatório,

da mesma forma do primeiro é totalmente descabido, uma vez que não houve qualquer afronta ao inciso X, do artigo 40, da Lei das Licitações. O edital, ao contrário do que diz o impetrado, ao estabelecer o valor de R\$ 40,00 (quarenta reais) para as inscrições excedentes a 3.000 (três mil) candidatos inscritos, não fixou o limite mínimo de valor para referidas inscrições e sim o limite máximo que a administração pagaria pelas mesmas. O fato de nenhuma proposta apresentar preço inferior ao limite máximo estabelecido pela administração não significa que as empresas estavam impedidas de propor um valor menor.

Quanto ao terceiro motivo, mesmo que admita a inadequação, incompatibilidade ou inconveniência do preço estabelecido, por ser capaz de onerar demasiadamente o erário público, o mesmo por si só não justifica a revogação da licitação, uma vez que a administração pública se vinculou ao ato que anteriormente considerou conveniente referido valor, ou seja, o edital de licitação.

(...)

Destarte, diante dos fatos e das normas retro mencionadas, a única conclusão lógica que se pode chegar é que o impetrado não atuou dentro dos limites legalmente estabelecidos, pois revogou processo licitatório sem comprovar a superveniência de fatos novos ensejadores da revogação.”

A espécie, portanto, é de nítida aplicação, em relação a determinado ato, da teoria dos motivos determinantes e da observância da impossibilidade de a Administração Pública erigir comportamentos contraditórios.

Ante o exposto, e em juízo de reexame necessário, confirmo a sentença do douto Juízo da 1ª Vara da Comarca de Aracati, atribuindo-lhe eficácia nos termos do *caput* do art. 475, do CPC. Essa é a posição que, considerados os limites objetivo e subjetivo da demanda, a Corte está autorizada a assumir em matéria de mérito.

No entanto, algumas das alegações constantes dos autos não podem ser desconsideradas, tal como indicado pelo teor da petição de fls. 412/423 que, a consistir na voz do autor, revela passagem no sentido de que “*o Impetrante tem a dizer apenas que, em virtude da veemente negativa do Impetrado em receber os representantes do Instituto para um diálogo aberto e amigável, viu-se obrigado a forçar esse contato, publicando o Edital, no aguardo da possibilidade de conversa entre as partes.*”. Por tal razão, e com amparo no art. 40 do CPP, posiciono-me pela remessa de cópia dos autos ao Ministério Público do Estado do Ceará.

É como voto.

Fortaleza, 21 de outubro de 2009.

Agravo de Instrumento

AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 2000.0014.7996-3
AGRAVANTE: ESTADO DO CEARÁ
AGRAVADOS: ELIZABETE MARIA CABRAL E OUTROS
ORIGEM: 7ª VARA DA FAZENDA PÚBLICA DA COMARCA DE FORTALEZA
RELATOR: DES. ADEMAR MENDES BEZERRA

EMENTA: PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO ORDINÁRIA CAUTELAR COM PEDIDO DE LIMINAR. NOS ESTREITOS LIMITES DO RECURSO DE AGRAVO, NÃO CABE DECIDIR DA PRETENSÃO, QUANDO NÃO HOUVE, AINDA, EXAME MAIS RIGOROSO DO MÉRITO PELO JUIZ A QUO. SE OS REQUISITOS DA CAUTELAR ESTÃO PRESENTES, É DE SE DEFERIR A LIMINAR PRETENDIDA. PRECEDENTES. AGRAVO CONHECIDO E IMPROVIDO.

ACÓRDÃO:

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de agravo de instrumento nº. 2000.0014.7996-3/0, em que figuram as partes acima indicadas. Acorda a 2ª Câmara Civil do egrégio Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, à unanimidade, conhecer do agravo interposto, mas lhe negar provimento, nos termos do voto do relator.

Fortaleza, 13 de maio de 2009.

RELATÓRIO

Cuida-se de Agravo de Instrumento com pedido de efeito suspensivo ajuizado contra decisão proferida pelo MM Juiz da 7ª Vara da Fazenda Pública desta comarca que, nos autos da ação Cautelar Inominada, nº 1999.02.43749-4 (nº atual 2000.0105.6143-0), deferiu a medida liminar requerida para matricular e incluir os recorridos no curso especial de formação de cabos PM 99/II.

Alega o agravante que não é possível a concessão de liminar em ações cautelares que possuem caráter satisfativo, como é o caso da presente, pelo fato de exaurirem o mérito do processo. Afirma a inexistência do *fumus boni iuris*, já que os policiais militares convocados para o Curso de Formação são os combatentes e não soldados músicos, qualificação a que pertencem os autores/agravados. Aduz, por outro lado, que os mesmos não demonstraram o preenchimento dos demais requisitos exigidos pelo edital.

Requer, ao final, o deferimento do efeito suspensivo e, no mérito, o seu provimento para revogar o pronunciamento recorrido.

Recebido o agravo, foi indeferida a suspensividade. Solicitadas as informações e as contra-razões, foram apresentadas tão-só as primeiras, como se vê às fls.91.

O representante do Ministério Público manifestou-se pela declaração de prejudicialidade do presente agravo de instrumento.

É o relatório.

VOTO

O agravante insurge-se contra o *decisum* em análise, ao entendimento de que a liminar concedida na ação cautelar possui caráter de satisfatividade, o que é incompatível com a natureza da referida ação. Por outro lado, entende que não foi demonstrada, na cautelar, os requisitos do *fumus boni iuris* e do *periculum in mora*, o que impediria o juiz de origem de pronunciar-se acerca da lide materialmente proposta. E no mérito, afirma que o Curso Especial de Formação de Cabos PPMM foi aberto para soldados QPMP O, pertencentes ao Quadro de Combatentes QPMG 1, conforme dispõe o edital, ao passo que os autores da ação possuem a qualificação de QPMP 4 – músicos, razão por que não seriam os mesmos partes legítimas para propor a ação, além de não terem demonstrado o preenchimento dos demais critérios previstos no edital.

Quanto às últimas matérias alegadas, na via estreita do agravo de instrumento, não é possível a sua apreciação, sob pena de suprimir-se um grau de jurisdição, posto que são assuntos que serão ainda minuciosamente debatidos, com o necessário contraditório, devendo o magistrado de origem manifestar o entendimento a que chegou com base no conjunto probatório carreado aos autos. Esse, aliás, é o entendimento dos tribunais do país, notadamente, o Superior Tribunal de Justiça, como se verifica a seguir:

PROCESSO CIVIL. COBRANÇA. TAXAS CONDOMINIAIS. QUESTÕES NÃO DEBATIDAS NA PRIMEIRA INSTÂNCIA. INOVAÇÃO RECURSAL. CERCEAMENTO DE DEFESA. NÃO OCORRÊNCIA. PROCEDIMENTO SUMÁRIO. MANUTENÇÃO DA SENTENÇA. I - NÃO CABE APRECIÇÃO EM SEDE RECURSAL DE QUESTÕES OU DE PEDIDOS QUE SEQUER FORAM SUSCITADOS NA PRIMEIRA INSTÂNCIA, SOB PENA DE SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA E VIOLAÇÃO AO DUPLO GRAU DE JURISDIÇÃO. II - O JUIZ É O DESTINATÁRIO DA PROVA, A QUEM CABE AVALIAR A NECESSIDADE DE OUTROS ELEMENTOS PROBATÓRIOS, ALÉM DAQUELES CONTIDOS NOS AUTOS. PORTANTO, SE ENTENDER QUE O PROCESSO ESTÁ EM CONDIÇÕES DE JULGAMENTO ANTECIPADO, A PROLAÇÃO DA SENTENÇA CONSTITUI UMA OBRIGAÇÃO, MORMENTE EM FACE DOS PRINCÍPIOS DA ECONOMIA E CELERIDADE PROCESSUAIS.

III - O PROCEDIMENTO DA AÇÃO QUE VERSA SOBRE COBRANÇA AO CONDÔMINO DE QUANTIAS DEVIDAS AO CONDOMÍNIO (ART. 275, II, "B", CPC) É SUMÁRIO, O QUAL VISA PROPICIAR SOLUÇÃO MAIS CÉLERE A DETERMINADAS CAUSAS. ASSIM, NÃO OBTIDA A CONCILIAÇÃO, O RÉU DEVERÁ OFERECER RESPOSTA ESCRITA OU ORAL NA PRÓPRIA AUDIÊNCIA, ACOMPANHADA DE DOCUMENTOS.

IV - NEGOU-SE PROVIMENTO. (Classe do Processo : 20070110295088APC-DF; Registro do Acórdão Número: 339466; Data de Julgamento : 14/01/2009; Órgão Julgador : 6ª Turma Cível; Relator : JOSÉ DIVINO DE OLIVEIRA; Publicação no DJU: 28/01/2009 Pág.:116, TJDF, (sem grifos no original);

EMENTA: LOCAÇÃO. EMBARGOS À PENHORA. INTEMPESTIVIDADE. CONFIGURADA. INFORMAÇÕES PROCESSUAIS CONSTANTES NO SÍTIO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA NA INTERNET. CARÁTER MERAMENTE INFORMATIVO. BEM DE FAMÍLIA. O prazo para oposição dos embargos à penhora fluem a partir da juntada do mandado de intimação da penhora. Outrossim, conforme iterativa jurisprudência do Egrégio Superior Tribunal de Justiça, as informações processuais veiculadas na internet possuem natureza meramente informativa, não se prestando eventuais equívocos cartorários para afastar a intempestividade dos atos processuais, pois a disponibilização de informações via internet não dispensa o acompanhamento pessoal dos processos. O fato de ter constado no mandado de intimação prazo equivocado para a oposição dos embargos não acarreta, por si só, a nulidade do ato, devendo-se, apenas, considerar-se o prazo correto. A alegação de impenhorabilidade do bem de família **ainda não foi apreciada pelo juiz da causa, de modo que a manifestação deste Colegiado engendraria supressão de instância.** RECURSO DESPROVIDO. (Apelação Cível Nº 70026976738, Décima Sexta Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Paulo Sérgio Scarparo, Julgado em 22/01/2009);

No que pertine à alegada falta dos requisitos ensejadores da ação cautelar, não pode prosperar tal entendimento, posto que a natureza da cautelar é de resguardar a eficácia de futuro processo de conhecimento, o que fica plenamente evidenciado na presente situação, já que o referido processo principal perderia seu objeto, caso, ao final do mesmo, os autores, se fossem vitoriosos no seu pedido, não pudessem mais participar do Curso de Formação, razão de ser da propositura de ambas as ações.

Os tribunais pátrios não discrepam ao afirmar que estando presente o *periculum in mora* e havendo verossimilhança das alegações, é de se conceder

a liminar requerida, como se vê a seguir:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. TUTELA ANTECIPADA E MEDIDA CAUTELAR. FUNGIBILIDADE. PRESENÇA DOS REQUISITOS AUTORIZADORES. PARA A CONCESSÃO DA MEDIDA CAUTELAR, NECESSÁRIA A PRESENÇA DOS REQUISITOS AUTORIZADORES, QUAIS SEJAM: FUMAÇA DO BOM DIREITO E PERIGO DA DEMORA. VERIFICADA A PRESENÇA DOS REQUISITOS E, AINDA, INEXISTENTE O PERIGO DE DANO INVERSO, IMPÕE-SE O DEFERIMENTO DA LIMINAR.(20080020142293AGI/DF; Relator : CARMELITA BRASIL; Órgão Julgador : 2ª Turma Cível; Data de Julgamento : 17/12/2008).

AGRAVO DE INSTRUMENTO. ANTECIPAÇÃO DA TUTELA. POLÍCIA MILITAR DO DISTRITO FEDERAL. CURSO DE FORMAÇÃO DE SARGENTOS. PRESENÇA DOS REQUISITOS DA ANTECIPAÇÃO DA TUTELA. A verossimilhança do direito invocado e a presença de receio de dano de difícil reparação são suficientes para justificar a medida antecipatória a fim de assegurar aos agravantes a continuação no curso de formação de sargentos no qual estavam inscritos, faltando apenas um mês para o término do curso (Agravado de Instrumento 20060020134944/DF, primeira turma, Relator Natanael Caetano, DJU: 03/04/2007 p. 145).

Impende salientar que o Relator deste recurso, à época, Desembargador João de Deus Barros Bringel, não conferiu suspensividade ao mesmo, sob a seguinte alegativa:

“Em cognição sumária, colho do processado, incorreram, nesta fase, a presença dos requisitos ensejadores da suspensividade reclamada, *in casu*, o *fumus boni iuris* e o *periculum in mora*, que entremostra-se indemonstrado, eis que o agravante subsumiu-se a enfocar a ausência dos elementos ensejadores da tutela, em nenhuma oportunidade demonstrado o gravame dele decorrente.”

Diante do exposto, sou pelo conhecimento do presente recurso, por tempestivo e próprio, mas para lhe negar provimento, mantendo integralmente a decisão recorrida.

É como voto.

Fortaleza, 13 de maio de 2009.

PROCESSO Nº 2000.0015.8523-2/0.
AGRAVO DE INSTRUMENTO COM PEDIDO DE EFEITO
SUSPENSIVO.
AGRAVANTE: JOTADOIS LTDA.
AGRAVADO: FRANCISCO CARLOS MORAIS.
RELATOR: DES. FERNANDO LUIZ XIMENES ROCHA.

EMENTA: AGRAVO DE INSTRUMENTO. PROCESSO CIVIL. ACIDENTE DE TRABALHO. AÇÃO INDENIZATÓRIA POR DANOS MORAIS CONTRA O EMPREGADOR. DIREITO COMUM. AUTONOMIA EM RELAÇÃO AO DIREITO PREVIDENCIÁRIO. PROCEDIMENTO. INAPLICABILIDADE DA LEGISLAÇÃO ESPECIAL (LEI N. 8.213/91). RITO ORDINÁRIO. APRESENTAÇÃO DO ROL DE TESTEMUNHAS NO ATO DA INTERPOSIÇÃO DA AÇÃO. DESNECESSIDADE. MOMENTO A SER FIXADO PELO JUIZ. APLICABILIDADE DO ART. 407 DO CPC E NÃO DO ART. 276 DESTE ESTATUTO. AGRAVO DE INSTRUMENTO CONHECIDO E DESPROVIDO.

1. Estando o feito em 1ª Instância sentenciado, com recurso apelatório em trâmite nesta Corte, não há como ser determinada a retenção do agravo de instrumento, por impossibilidade lógica, devendo o pleito ser conhecido na forma interposta, mas como preliminar da apelação, nos moldes do requestado naquela insurgência.

2. A indenização previdenciária é diversa e independente da contemplada no direito comum, inclusive porque têm elas origens distintas: uma, sustentada pelo direito acidentário; a outra, pelo direito ordinário, uma não excluindo a outra (enunciado n. 229/STF), podendo, inclusive, cumularem-se.

3. À ação indenizatória decorrente de acidente de trabalho, fundada no direito civil, não se aplica a legislação especial, que prevê o rito sumário em seu processamento.

4. Como no rito ordinário não há obrigação de ser apresentado o rol de testemunhas quando da interposição da ação, não há nulidade na prática deste ato em momento posterior, se não violado o disposto no art. 407 do CPC.

5. Agravo de instrumento conhecido e desprovido.

ACÓRDÃO

Acordam os integrantes da 1ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, por uma de suas Turmas, unanimemente, em conhecer do agravo de instrumento, mas para negar-lhe provimento, de conformidade com o voto do Relator.

Fortaleza, 12 de agosto de 2009.

RELATÓRIO

Trata-se de agravo de instrumento interposto por JOTADOIS Ltda. em face de decisão proferida pelo Juízo de Vara Única da Comarca de São Gonçalo do Amarante/CE, nos autos da Ação Indenizatória nº 2000.054.00281-4, que indeferiu preliminar do réu/agravante quanto à preclusão do direito do autor em apresentar rol de testemunhas, já que este o indicara em momento diverso ao da interposição da demanda.

Segundo o recorrente, tratando-se de ação indenizatória por acidente de trabalho, nos termos do art. 129, II, da Lei nº 8.213/91 o rito a ser seguido é o sumário, regulado pelos arts. 275/281 do CPC, motivo pelo qual o prazo para a dedução dos nomes das testemunhas seria o ajuizamento da ação, consoante disposto no art. 276 do estatuto processual.

Nesse diapasão, pleiteou o insurgente a invalidação do rol apresentado pelo autor, posto que intempestivo, anulando-se os depoimentos já prestados.

Efeito suspensivo indeferido às fls. 62-3.

Informações prestadas à fl. 66, na qual o Judicante *a quo* manteve a decisão recorrida.

Contraminuta apresentada às fls. 70-72, defendendo as razões do ato combatido.

Parecer da Procuradoria Geral de Justiça às fls. 76-80, opinando pela conversão do agravo de instrumento em agravo retido.

É o relatório.

VOTO

Considerando que o feito em 1ª Instância encontra-se sentenciado, com recurso apelatório em trâmite nesta Corte, não há como ser determinada a retenção do agravo de instrumento, por impossibilidade lógica, motivo pelo qual este recurso há de ser conhecido na forma interposta, mas como preliminar da apelação, nos moldes do requestado naquela insurgência.

Ultrapassada a questão levantada pela Procuradoria Geral de Justiça, conheço do agravo, por estarem presentes os requisitos extrínsecos e intrínsecos de admissibilidade.

Contraria o recorrente decisão que indeferira sua alegação de preclusão temporal para o autor indicar rol de testemunhas, por este tê-lo apresentado em momento diverso ao da interposição da demanda, em afronta ao art. 276 do Código de Processo Civil.

Entretanto, analisando a legislação em vigor, depreende-se que o referido artigo é inaplicável ao caso em apreço, posto que o rito a ser seguido na ação é o ordinário, não o sumário.

Dispõe o art. 275, II, “g”, CPC, que será observado o procedimento sumário nas causas, qualquer que seja o valor, quando lei dispuser nesse sentido. A Lei n. 8.213/91, em seu art. 129-II, prevê que as ações de acidente de trabalho nela disciplinadas seguirão o procedimento sumário.

Ocorre, no entanto, que essa legislação especial trata das ações acidentárias fundadas no direito previdenciário, que se distingue da ação indenizatória contemplada no direito comum, até porque têm elas origens distintas: uma sustentada pelo direito acidentário; a outra pelo direito civil, aquela não exclui essa (enunciado n. 229/STF), podendo, inclusive, cumularem-se.

Diante de tais considerações, concluo que à ação indenizatória decorrente de acidente de trabalho, fundada no direito civil, não se aplica a

legislação especial que determina o deslinde do feito pelo rito sumário, mas sim as disposições gerais do Código de Processo Civil, que, a propósito, não obrigam o autor a apresentar o rol de testemunhas, sob pena de preclusão, no ato da interposição da ação, mas sim no prazo em que o juiz fixar, nos termos do art. 407 daquele estatuto.

No mesmo sentido, veja-se o entendimento do Superior Tribunal de Justiça, *verbis*:

PROCESSO CIVIL. AÇÃO INDENIZATÓRIA. ACIDENTE DE TRABALHO. DIREITO COMUM. AUTONOMIA EM RELAÇÃO À PREVIDENCIÁRIA. PROCEDIMENTO. RITO ORDINÁRIO. CABIMENTO. INAPLICABILIDADE DA LEGISLAÇÃO ESPECIAL (LEI N. 8.213/91). INSTRUMENTALIDADE DO PROCESSO. PREJUÍZO. AUSÊNCIA. ART. 244 E 250, CPC. RECURSO DESACOLHIDO.

I - A indenização previdenciária é diversa e independente da contemplada no direito comum, inclusive porque têm elas origens distintas: uma, sustentada pelo direito acidentário; a outra, pelo direito comum, uma não excluindo a outra (enunciado n. 229/STF), podendo, inclusive, cumularem-se.

II - À ação indenizatória decorrente de acidente de trabalho, fundada no direito comum, não se aplica a legislação especial, que prevê o rito sumário em seu processamento.

III - Não há nulidade na adoção de um procedimento em vez de outro, salvo se demonstrado prejuízo, notadamente em se tratando da adoção do ordinário, que é mais amplo do que o sumário. (REsp. nº 262.669, Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, DJU 16.10.2000, pág. 317)

Em face do exposto, não tendo o agravado infringido qualquer norma atinente ao momento para apresentação do rol de testemunhas, conheço do presente agravo de instrumento, **mas para negar-lhe provimento**.

É como voto.

Fortaleza, 12 de agosto de 2009

AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 2007.0017.4823-6

AGRAVANTE: ISSEC – INSTITUTO DE SAÚDE DOS SERVIDORES DO ESTADO DO CEARÁ

AGRAVADA: MARIA RODRIGUES DA SILVA MARTINS

ORIGEM: 6ª VARA DA FAZENDA PÚBLICA DE FORTALEZA

RELATOR: DES. ADEMAR MENDES BEZERRA

EMENTA: PREVIDENCIÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. PRORROGAÇÃO DOS BENEFÍCIOS ASSISTENCIAIS ATÉ OS 24 ANOS POR SER ESTUDANTE UNIVERSITÁRIA. AUSÊNCIA DE PREVISÃO LEGAL, A TEOR DA LEI 10.776/82. IMPOSSIBILIDADE. PRECEDENTES DESTA CORTE DE JUSTIÇA, BEM COMO DAS CORTES SUPERIORES.

- Esta Corte de Justiça já pacificou o entendimento no sentido de vedar a concessão de benefícios assistenciais e previdenciários àqueles que já tenham ultrapassado o marco temporal de 21 (vinte e um) anos, por falta de previsão legal, sob pena de contrariedade ao princípio da legalidade.

- Agravo conhecido e provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de agravo de instrumento nº. 2007.0017.4823-6/0, em que figuram as partes acima indicadas. Acorda a 2ª Câmara Civil do egrégio Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, à unanimidade, conhecer do agravo interposto para lhe dar provimento, nos termos do voto do relator.

Fortaleza, 13 de maio de 2009.

RELATÓRIO

Cuidam os autos de recurso de Agravo de Instrumento com pedido de efeito suspensivo, ajuizado contra decisão proferida pelo MM Juiz da 6ª Vara da Fazenda Pública desta comarca que, nos autos da ação Ordinária, nº. 2007.0014.2741-3, concedeu pedido de tutela antecipada para o fim de determinar ao ora agravante se abster de suspender a condição de dependente da filha da recorrida, até seus 24 (vinte e quatro) anos ou enquanto a mesma for universitária.

As razões que levaram o agravante a interpor o presente recurso,

em síntese, são as seguintes: a) entende que a matéria é de natureza previdenciária e, portanto, sujeita a complexos cálculos atuariais e rígido controle orçamentário, razão por que não é possível a utilização de princípios de natureza civil; b) que a pretensão autoral é vetada, conforme ditames da Emenda Constitucional Estadual nº 39/99 e Lei Complementar nº 12/99; c) em face da aludida falta de previsão legal e levando em conta o princípio da legalidade, não cabe ao Poder Judiciário estender ou conceder benefício a quem a lei não assegura.

Requer, ao final, a concessão do pedido de efeito suspensivo e, no mérito, o seu provimento para sustar os efeitos da decisão agravada.

Recebido o agravo na forma de instrumento, foi indeferida a suspensividade requestada. Solicitadas as informações e contra-razões, somente as primeiras foram apresentadas, como se vê às fls. 52/53 dos autos.

O representante ministerial manifestou-se pelo improvimento do presente agravo.

É o relatório.

VOTO

A discussão devolvida a este sodalício, a saber, a possibilidade de extensão dos benefícios previdenciários e assistenciais aos dependentes que já tenham completado 21 anos, prescinde de maiores análises.

A lei reitora do sistema de previdência dos servidores estaduais, Lei nº 10.776/82, modificada pela Emenda Constitucional Estadual nº 39/1999 e Lei Complementar nº 12/2000, define que a dependência, para os já aludidos fins, será dos filhos menores ou inválidos. Fora desses casos, cessa a condição de dependente.

Isso porque entre os princípios que regem o instituto da previdência pública dos servidores civis estão o da preexistência do custeio em relação ao benefício ou serviço e o da seletividade e distributividade na prestação dos benefícios e serviços. Pelo primeiro, somente é possível a criação de um benefício, se antes houver ingressado numerário no caixa da Seguridade. Embora a idéia por trás do sistema previdenciário seja a de prover meios para a manutenção básica dos segurados e seus dependentes, esta não pode ser ilimitada, por força da natureza econômica do sistema.

Já pelo segundo princípio e também em razão das peculiaridades econômicas do país, o legislador define as prioridades de atendimento, de tal sorte que possa beneficiar da melhor maneira os que são vistos como mais necessitados. Nas palavras de Eduardo Rocha Dias e José Leandro Monteiro de Macêdo:

A seletividade diz respeito à otimização da seguridade social por meio da escolha de prestações que implementem os valores consagrados na Ordem Social, ao passo que a distributividade reporta-se à sensibilidade que o legislador deve ter para socorrer

primeiramente os mais necessitados socialmente, impondo-se como regra de solidariedade também.

A jurisprudência dos tribunais superiores, bem como deste sodalício, é unânime em proibir o aumento do limite legal para o recebimento dos benefícios previdenciários e assistenciais, como se pode ver abaixo:

PREVIDENCIÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ESPECIAL. PENSÃO POR MORTE. FILHO NÃO-INVÁLIDO. CESSAÇÃO DO BENEFÍCIO AOS 21 ANOS DE IDADE. PRORROGAÇÃO ATÉ OS 24 ANOS POR SER ESTUDANTE UNIVERSITÁRIO. AUSÊNCIA DE PREVISÃO NA LEI 8.213/91. IMPOSSIBILIDADE. PRECEDENTES DO STJ.

1. A jurisprudência do STJ já firmou o entendimento de que a pensão por morte é devida ao filho menor de 21 anos ou inválido, não sendo possível, em face da ausência de previsão legal, a prorrogação do recebimento desse benefício até os 24 anos, ainda que o beneficiário seja estudante universitário.

2. Agravo Regimental desprovido. (AgRg no REsp 1069360/SE; 2008/0132911-7; Relator(a): Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO (1133); Órgão Julgador; T5 - QUINTA TURMA; Data do Julgamento: 30/10/2008);

ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. PENSÃO POR MORTE. FILHA NÃO-INVÁLIDA DE SERVIDORA PÚBLICA FALECIDA. CESSAÇÃO DO BENEFÍCIO AOS 21 ANOS DE IDADE. PRORROGAÇÃO ATÉ OS 24 ANOS POR SER ESTUDANTE UNIVERSITÁRIA. AUSÊNCIA DE PREVISÃO NA LEI 8.112/90. IMPOSSIBILIDADE.

1. Esta Corte Superior de Justiça possui jurisprudência no sentido de que, ante a ausência de previsão legal – uma vez que a Lei n.º 8.112/90 é taxativa ao determinar que, após completados de 21 anos de idade, somente o(a) filho(a) inválido(a) tem o direito de continuar percebendo a pensão – é impossível a prorrogação do benefício aos que, não possuindo invalidez, ultrapassaram o mencionado marco temporal, ainda que estudantes universitários.

2. A propósito da alegada incidência analógica da Súmula 358 desta Corte, entendo desarrazoada a pretensão, pois a lide de natureza previdenciária admite apenas interpretação da própria lei de regência, sendo incabível julgar a controvérsia com alicerce em exegeses analógicas de leis – ou mesmo súmulas de tribunais – estranhas ao âmbito da previdência social.

3. Agravo regimental desprovido. (AgRg no REsp 945426/PR; 2007/0094008-9; Relator(a): Ministra LAURITA VAZ (1120); Órgão Julgador: T5 - QUINTA TURMA; Data do Julgamento; 18/09/2008)

E M E N T A: AGRAVO DE INSTRUMENTO. PREVIDENCIÁRIO. INCLUSÃO DE FILHO MAIOR DE VINTE E UM ANOS COMO DEPENDENTE. AUSÊNCIA DE AMPARO LEGAL. PRINCÍPIO DA LEGALIDADE ESTRITA. ARTIGO 7º, INCISO I, DA LEI 10.776/82. PRECEDENTES JURISPRUDENCIAIS DESTA CORTE.

I. Não pode, a mingua de autorização legal, ser estendido o benefício assistencial até os 24 (vinte e quatro) anos de idade, sob pena de ferir o princípio da legalidade estrita, o qual rege as normas tributárias e previdenciárias.

II. Segundo disposição expressa do artigo 7º, inciso I, da Lei 10.776/82, Lei Orgânica do ISSEC, “São considerados dependentes: a esposa, o marido inválido, os filhos de qualquer condição e os enteados, enquanto solteiros e menores de 21 (vinte e um) anos, ou quando inválidos, e a ex-esposa, ...”.

III. *In casu*, observa-se à fl. 30 dos autos que Marília Coutinho Vidal, filha da agravada, atualmente tem 23 anos de idade, de modo que a mesma não mais faz jus ao benefício previdenciário, diferentemente do que foi defendido pelo magistrado de primeiro grau na decisão interlocutória combatida.

IV. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO. (AI – 2006.0029.9352-0/0; Relator: Desembargador Francisco Sales Neto; órgão julgador: 1ª Câmara Cível).

Assim, as normas que definem o recebimento dos benefícios previdenciários e assistenciais impõem a inviabilidade da manutenção como beneficiário, dos maiores de 21 (vinte e um) anos. E como a interpretação, no Direito Previdenciário, é sempre feita *ex lege*, não pode o Judiciário, por analogia à norma que não é de cunho previdenciário, dilatar este limite, sob pena de contrariar o princípio da legalidade, como fez o juízo *a quo*, ao fundamentar o deferimento da tutela antecipatória nas regras pertinentes ao imposto de renda.

Diante do exposto, sou pelo conhecimento do presente recurso, por tempestivo e próprio e pelo seu provimento, revogando a tutela antecipatória dada na ação originária.

Fortaleza, 13 de maio de 2009.

AGRAVO DE INSTRUMENTO N. 2008.0013.2429-9/0 DE FORTALEZA
AGRAVANTE: ESTADO DO CEARÁ
AGRAVADO: FRANCISCO JUSTINO DE ALMEIDA
RELATOR: DESEMBARGADOR RÔMULO MOREIRA DE DEUS

EMENTA: CONSTITUCIONAL. ANTECIPAÇÃO DE TUTELA EM TEMA DE DIREITOS FUNDAMENTAIS. FORNECIMENTO GRATUITO DE MEDICAMENTO ESPECÍFICO A PACIENTE COM DIAGNÓSTICO CLÍNICO DE DOENÇA PULMONAR OBSTRUTIVA CRÔNICA, SEM CONDIÇÕES FINANCEIRAS DE ARCAR COM A MEDICAÇÃO PRESCRITA EM RELATÓRIO MÉDICO, SUBSCRITO POR PROFISSIONAL DA REDE PÚBLICA. DIREITO À SAÚDE COMO PROJEÇÃO DO DIREITO À VIDA, À DIGNIDADE DA EXISTÊNCIA E INTEGRIDADE DO VIVER. PRESSUPOSTOS DA MEDIDA ANTECIPATÓRIA PLENAMENTE SATISFEITOS. OBJEÇÕES RECURSAIS INCONSISTENTES. JURISPRUDÊNCIA CONSOLIDADA.

1. Existindo prova convincente da necessidade de medicação específica, justificada ante o inexpressivo resultado dos medicamentos disponibilizados pelo SUS, conforme relatório médico subscrito por profissional da rede pública, o enfermo carente tem o direito de exigir e receber do Estado os remédios adequados à efetiva melhora de seu quadro clínico, pois o direito à saúde é projeção do direito à vida, à dignidade da existência e integridade do viver, valores supremos que não podem ser ignorados ou relativizados, porquanto direitos de essencial fundamentalidade e incontornável preponderância.

2. A obrigação de promover, proteger e recuperar a higidez física dos indivíduos recai solidariamente sobre todos os entes políticos da federação brasileira, daí que qualquer deles pode figurar, isolada ou conjuntamente, no pólo passivo das ações correlatas ao direito à saúde, pois o caso é de litisconsórcio passivo facultativo. Inteligência dos artigos 23, inciso II, 196 e 198, CF/88.

Precedentes reiterados, inclusive do STF.

3. A cláusula da reserva do possível, desconectada de justo motivo objetivamente aferível, não pode ser invocada pelo Estado para eximir-se do cumprimento de imposições constitucionais impostergáveis, ditadas por direitos de essencial fundamentalidade, cuja satisfação pode e deve ser judicialmente exigida, competindo ao Judiciário conferir real efetividade à determinação ordenada pelo texto constitucional, em ordem a legitimar sua intervenção, seja por intolerável omissão dos Poderes Públicos, seja por qualquer outra inaceitável modalidade de comportamento governamental desviante.

4. Plausibilidade ostensiva do direito e emergencialidade da situação bem configuradas. Objeções recursais inconsistentes.

5. Agravo conhecido, porém improvido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Desembargadores integrantes da Terceira Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, na conformidade da ata de julgamento, por deliberação unânime, conhecer do agravo e desprovê-lo, nos termos do voto do Relator.

Fortaleza, 03 de agosto de 2009.

RELATÓRIO

Trata-se de agravo de instrumento interposto pelo Estado do Ceará, visando adversar a decisão antecipatória que o compeliu ao fornecimento de medicação específica para paciente com diagnóstico clínico de doença pulmonar obstrutiva crônica.

A motivação recursal resume-se na argüição de ilegitimidade passiva, inobservância ao princípio da legalidade (o medicamento solicitado não consta da listagem de dispensação excepcional do Ministério da Saúde), interferência do Judiciário na órbita da Administração e extrapolação da reserva do financeiramente possível.

O agravo foi admitido sem liminar suspensiva (fls. 51-53), contraminutado (fls. 56-61) e submetido ao parecer da Procuradoria Geral de Justiça, que opinou pelo desprovimento (fls. 65-71).

É o relatório, no essencial.

VOTO

Conheço do recurso, porquanto atendidos os pressupostos de recorribilidade.

Examinados os autos, verifico que o Agravado produziu prova suficiente do que alegou. Com diagnóstico clínico de doença pulmonar obstrutiva crônica, não detém recursos financeiros para custear a medicação que lhe foi prescrita. Também já fez uso dos remédios fornecidos gratuitamente pelo Sistema Único de Saúde, mas o laudo médico – subscrito por profissional da rede pública – aponta resultados inexpressivos do tratamento padronizado, sobrevivendo pequena melhora ao paciente, porém sem ministrar-lhe condições de realizar afazeres básicos em razão da dispnéia (fl. 36).

Nesse contexto, a mim parece bem justificada a premência de medicação específica, agravada a situação ante as limitações físicas do paciente, que sequer “tem condições p/ aguardar em fila de espera p/ exames especializados”, conforme se pinça do relatório médico que instrui a ação.

Assentadas tais premissas, o Juiz agiu como deveria agir. Antecipou a tutela ante a plausibilidade ostensiva do direito alegado, pois é dever do Estado zelar pela saúde dos cidadãos, assegurando-lhes condições mínimas para desfrutá-la, dentre as quais se insere a assistência farmacêutica gratuita e adequada à recuperação da higidez física dos enfermos hipossuficientes, tal como consignado em fórmula consagrada no STF:

“DISTRIBUIÇÃO GRATUITA, A PESSOAS CARENTES, DE MEDICAMENTOS ESSENCIAIS À PRESERVAÇÃO DE SUA VIDA E/OU DE SUA SAÚDE: UM DEVER CONSTITUCIONAL QUE O ESTADO NÃO PODE DEIXAR DE CUMPRIR.” (RE 393175 AgR/RS, Relator Ministro Celso de Mello, julgado em 12.12.2006, Segunda Turma, DJ 02.02.2007).

No contexto dessa temática, não posso deixar de levar em conta a profícua jurisprudência que este Tribunal tem construído em favor da integridade e intangibilidade do direito fundamental social à saúde, reconhecendo-lhe aplicabilidade imediata nos termos do art. 5º, parágrafo primeiro, CF/88¹, tudo no sentido de fazer valer a força normativa da Constituição e de consolidar uma cultura constitucional de respeito e proteção aos direitos essenciais da pessoa humana.

Em sucessivos julgamentos, esta Corte firmou consenso acerca da fundamentalidade do direito à saúde, encarando-o como projeção do direito à vida, à dignidade da existência e integridade do viver, gerando imediatamente um

especial direito subjetivo para os indivíduos, a exprimir um autêntico direito fundamental originário a prestações materiais, com vistas a assegurar um patamar mínimo de efetividade do direito à promoção, resguardo e recuperação da saúde pelos Poderes Públicos.

As objeções externadas pelo Estado do Ceará não passam de argumentos surrados, sem força persuasiva e desconectados da realidade normativa e da vontade constitucional, a começar pela tese da ilegitimidade passiva, iterativamente rechaçada nos precedentes judiciais.

Este Tribunal possui uma vasta jurisprudência sobre a responsabilidade solidária de todos os entes políticos que compõem a federação brasileira em implementar as ações e prover os serviços de saúde, de sorte que qualquer deles pode figurar, isolada ou conjuntamente, no pólo passivo das ações correlatas, pois o caso é de litisconsórcio facultativo.

Os julgados são pontuais:

“EMENTA: DIREITO CONSTITUCIONAL. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTO PELO ESTADO. ILEGITIMIDADE PASSIVA. PRELIMINAR AFASTADA. DESNECESSIDADE DE INTERVENÇÃO DA UNIÃO. LITISCONSÓRCIO FACULTATIVO. DIREITO À VIDA E À SAÚDE. DEVER DO ESTADO. SEGURANÇA CONCEDIDA. 1.Sendo a saúde pública responsabilidade solidária dos entes federados, ao impetrante compete ingressar com ação em desfavor de todos ou de um ente isoladamente, por se tratar de litisconsórcio facultativo. 2.O fornecimento gratuito de medicamentos pelo Estado, objetiva concretizar o princípio da dignidade da pessoa humana e o direito à vida e à saúde, constitucionalmente garantidos. 3.Direito fundamental, de aplicação imediata e dever do Estado, previstos na Constituição Federal (arts. 5º, caput e § 1º, 6º e 196). 4. Precedentes desta Corte. 5.Liminar ratificada. Ordem concedida.” (MS 2008.0035.0829-0/0, Relator Des. Abelardo Benevides Moraes, Pleno, 26.03.2009);

“CONSTITUCIONAL. MANDADO DE SEGURANÇA. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTO. PRELIMINARES DE ILEGITIMIDADE ATIVA DO MINISTÉRIO PÚBLICO; FALTA DE INTERESSE DE AGIR; INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA E DE LITISCONSÓRCIO NECESSÁRIO PASSIVO ENTRE AS AUTORIDADES COATORAS E A UNIÃO FEDERAL. REJEIÇÃO. DIREITO À SAÚDE. DEVER CONSTITUCIONAL DO ESTADO. SEGURANÇA

CONCEDIDA.

[.]

3. Em ações que visam o fornecimento de medicamentos através dos serviços prestados ao Sistema Único de Saúde - SUS, a União, Estados, Municípios e Distrito Federal têm legitimidade à ocupação do pólo passivo da lide, na condição de litisconsórcio passivo facultativo, vez que a solidariedade havida *in hoc casu*, não induz à obrigatoriedade do litisconsórcio, podendo a pretensão mandamental ser ajuizada em face de qualquer ente federativo, isolada ou conjuntamente. [...]” (MS 2008.0013.1580-0, Relator Des. Sales Neto, Pleno, 30.10.2008)¹.

A percepção da solidariedade dos entes federativos chegou à jurisprudência dos Tribunais Superiores, onde já se assentou que “é obrigação do Estado (União, Estados-membros, Distrito Federal e Municípios) assegurar às pessoas desprovidas de recursos financeiros o acesso à medicação ou congêneres necessários à cura, controle ou abrandamento de suas enfermidades, sobretudo, as mais graves. Sendo o SUS composto pela União, Estados-membros e Municípios, é de reconhecer-se, em função da solidariedade, a legitimidade passiva de quaisquer deles no pólo passivo da demanda.” (STJ, REsp 656979/RS, Relator Ministro Castro Meira, Segunda Turma, DJ 07.03.2005).

Em recente pronunciamento, o Ministro Gilmar Mendes liquida a questão, assim:

“[...] O dispositivo constitucional [art. 196] deixa claro que, para além do direito fundamental à saúde, há o dever fundamental de prestação de saúde por parte do Estado (União, Estados, Distrito Federal e Municípios). O dever de desenvolver políticas públicas que visem à redução de doenças, à promoção, à proteção e à recuperação da saúde está expresso no artigo 196. A competência comum dos entes da federação para cuidar da saúde consta do art. 23, II, da Constituição. União, Estados, Distrito Federal e Municípios são responsáveis solidários pela saúde junto ao indivíduo e à coletividade e, dessa forma, são legitimados passivos nas demandas cuja causa de pedir é a negativa, pelo SUS (seja pelo gestor municipal, estadual ou federal), de prestações na área de saúde. O fato do Sistema Único de Saúde ter descentralizado os serviços e conjugado os recursos financeiros dos entes da federação [art. 198, § 1º, CF/88], com o objetivo de aumentar a qualidade e o acesso aos serviços de saúde, apenas reforça a obrigação solidária e subsidiária entre eles. [...]” (STF, SS 3741, DJ 03.06.2009).

Reitere-se que o Agravado comprovou, *prima facie*, a ineficácia dos medicamentos oferecidos pelo SUS e a incapacidade financeira para custear o tratamento adequado, assistindo-lhe, por isso, o direito de obter gratuitamente a medicação específica requisitada pelo médico, ainda que não incluída na listagem oficial de medicamentos básicos, pois “até prova em contrário, o medicamento receitado ao paciente por seu médico é o que melhor atende às suas necessidades” (Desembargador José Arísio Lopes da Costa, declaração de voto no MS 2008.0014.9275-2/0, Pleno, julgado em 19.02.2009).

Nessa linha de entendimento:

“EMENTA. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO EM AGRAVO DE INSTRUMENTO. ACÓRDÃO QUE MANTEVE DECISÃO SINGULAR QUE CONCEDEU FORNECIMENTO DE MEDICAMENTO PARA TRATAMENTO DE DOENÇA CONTRAÍDA PELO AGRAVADO. OMISSÃO. HIPÓTESE INDICADA QUE NÃO CARACTERIZA O VÍCIO INDICADO. EMBARGOS NÃO CONHECIDOS.

1. É inquestionável que a saúde pública é obrigação do Estado, que deve prestá-la de maneira eficaz, de forma a salvaguardar o bem maior que se busca proteger, o direito à vida digna, não podendo tal dever ser afastado em face da ausência de previsão em lista oficial do fornecimento do medicamento necessitado pelo cidadão ao restabelecimento de sua saúde.

2. Embargos não conhecidos.” (Embargos Declaratórios 2006.0023.9941-5/1, Relatora Des. Gizela Nunes da Costa, julgados em 27.05.2009);

“EMENTA. AGRAVO DE INSTRUMENTO. DECISÃO DO JUIZ *A QUO* QUE CONCEDE A ANTECIPAÇÃO DOS EFEITOS DA TUTELA PARA DETERMINAR AO ESTADO DO CEARÁ, ATRAVÉS DE SEUS ÓRGÃOS COMPETENTES, QUE FORNEÇA MEDICAMENTOS NÃO PREVISTOS EM LISTA OFICIAL A AGRAVADA, PORTADORA DE *DIABETES MELLITUS* TIPO 1 (INSULINO-DEPENDENTE). POSSIBILIDADE. ART. 196 DA CF/88. PRELIMINARES DE AUSÊNCIA DOS REQUISITOS PARA ACONCESSÃO DE TUTELA ANTECIPADA E ILEGITIMIDADE PASSIVA DO ESTADO DO CEARÁ E LEGITIMIDADE PASSIVA ÚNICA DO MUNICÍPIO DE FORTALEZA REJEITADAS. DIREITO À SAÚDE. PRECEDENTES DO STF E STJ. RECURSO CONHECIDO, MAS NÃO PROVIDO.” (Agravado de Instrumento

n. 2008.0027.6227-3/0, Relator Desembargador João de Deus Barros Bringel, julgado em 28.01.2009).

Noutra vertente, a partir da perspectiva das finanças públicas, não se ignora que a natureza prestacional do direito à saúde depende, em grande medida, das disponibilidades materiais do Estado (cláusula da reserva do possível). A despeito disto, o Poder Público há de garantir um mínimo de efetividade do direito à saúde, pois o que está em jogo é o direito à vida, cuja preservação constitui imposição constitucional impregnada de essencial fundamentalidade, donde não se admite possa o Estado “desvencilhar-se da obrigação que sobre ele recai de satisfazer as pretensões surgidas de normas jusfundamentais dessa espécie pela mera invocação da cláusula do financeiramente possível².

Aliás, e a bem da verdade, em casos que tais a invocação da cláusula da reserva do possível não passa de um raciocínio abstrato e de um argumento batido, dissociado da necessária comprovação objetiva, o que ensejou a reação dos Tribunais, inclusive do STF, cuja jurisprudência é categórica em inadmitir escusas de ordem econômico-financeira da pessoa estatal sem o necessário substrato probatório, qual se pode constatar dos enfáticos dizeres do Ministro Celso de Mello:

“a cláusula da reserva do possível – ressalvada a ocorrência de justo motivo objetivamente aferível – não pode ser invocada pelo Estado com a finalidade de exonerar-se, dolosamente, do cumprimento de suas obrigações constitucionais, notadamente quando, dessa conduta governamental negativa, puder resultar nulificação ou, até mesmo, aniquilação de direitos constitucionais impregnados de um sentido de essencial fundamentalidade.”

O STJ também é firme:

“[...] 5. Embora venha o STF adotando a “Teoria da Reserva do Possível” em algumas hipóteses, em matéria de preservação dos direitos à vida e à saúde, aquela Corte não aplica tal entendimento, por considerar que ambos são bens máximos e impossíveis de ter sua proteção postergada.[...]” (REsp 784.241/RS, Rel. Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, DJ 23.04.2008).)

Nesta Corte, alinham-se precedentes emblemáticos: MS 2008.0023.5313-6/0 e MS 2008.0014.9275-2, Pleno, Relator Des. José Arísio Lopes da Costa; Agravo de Instrumento 2008.0000.0183-6/0, Terceira Câmara Cível, Relatora Des. Edite Bringel de Alencar.

De resto, volto ao Supremo Tribunal Federal para reafirmar que “o direito público subjetivo à saúde representa prerrogativa jurídica indisponível

assegurada à generalidade das pessoas pela própria Constituição da República (art. 196). Traduz bem jurídico constitucionalmente tutelado³” e, como tal, direta e imediatamente exigível, por via das ações constitucionais e infraconstitucionais contempladas no ordenamento jurídico.

Daí que o Poder Judiciário passa a ter papel ativo e destacado na concretização do direito constitucional à saúde, sem que isso implique afronta à separação de poderes, porquanto juízes e tribunais têm a obrigação de conferir real efetividade às normas da Constituição, no alcance possível permitido pela densidade normativa de seu texto.

Afinal, como diria o Ministro Luiz Fux,

“A Constituição não é ornamental, não se resume a um museu de princípios, não é meramente um ideário; reclama efetividade real de suas normas. Destarte, na aplicação das normas constitucionais, a exegese deve partir dos princípios fundamentais, para os princípios setoriais. E, sob esse ângulo, merece destaque o princípio fundante da República que destina especial proteção a dignidade da pessoa humana. Outrossim, a tutela jurisdicional para ser efetiva deve dar ao lesado resultado prático equivalente ao que obteria se a prestação fosse cumprida voluntariamente. [...] O Poder Judiciário não deve compactuar com o proceder do Estado, que condenado pela urgência da situação a entregar medicamentos imprescindíveis proteção da saúde e da vida de cidadão necessitado, revela-se indiferente à tutela judicial deferida e aos valores fundamentais por ele eclipsados.” (STJ, AgRg no REsp 1002335/RS, Primeira Turma, DJ 22.09.2008).

Assim rebatidos, um a um, os argumentos recursais, a tutela antecipatória deve ser integralmente mantida, eis que ministrada à vista de seus requisitos legais autorizadores: verossimilhança do direito e emergencialidade da situação.

Conheço do recurso, portanto, mas para improvê-lo.
É o meu voto.

Fortaleza, 03 de agosto de 2009.

¹ Nesse sentido, Agravos de Instrumento 2008.0036.3766-9/0, 2008.0023.5364-0/0, 2007.0006.2155-0/0, 2006.0018.2925-4/0, Relator Des. Francisco de Assis Filgueira Mendes; Ap. Cível 2004.0009.1873-7/1, Relator Des. Jose Mario dos Martins Coelho.

² A respeito: MS 2008.0029.5175-0, Relator Des. Abelardo Benevides Moraes; MS 2007.0029.0725-7/0, Relatora Desa. Maria Lucia do Nascimento Bitu.

³ Nesse sentido, Gilmar Ferreira Mendes, Inocencio Martires Coelho e Paulo Gustavo Gonet Branco, Curso de Direito Constitucional, Sao Paulo; Saraiva, 4a edicao, 2009, p. 298.

¹ STF, RE 393175 AgR/RS, Relator Ministro Celso de Mello, Segunda Turma, DJ 02.02.2007.

AGRAVO DE INSTRUMENTO
NÚMERO ÚNICO 2163-62.2010.8.06.0000/0.
AGRAVANTE: VERDE VALE HOTEL S/A.
AGRAVADO: MUNICÍPIO DE JUAZEIRO DO NORTE.
RELATORA: DESEMBARGADORA EDITE BRINGEL OLINDA ALENCAR

DECISÃO

Cuidam os autos de agravo de instrumento com pedido de efeito suspensivo interposto por VERDE VALE HOTEL S/A, tendo como agravado o Município de Juazeiro do Norte, combatendo decisão do MM. Juiz de Direito da 1ª Vara da Comarca de Juazeiro do Norte, prolatada nos autos da Ação de Consignação em Pagamento 2009.00267805-0 e que indeferiu pedido de expedição de certidão positiva com efeitos negativos, negando pleito liminar (fls. 130/132).

Não conformado, o agravante interpõe recurso com o qual sustenta, em síntese, a possibilidade de compensar os créditos tributários vindicados pelo ente federativo com valores devidos por este ao recorrente, ao que deu o nome de “encontro de contas” (*sic*).

Requer a atribuição do efeito suspensivo ao agravo, esperando seu total provimento ao final.

É o relatório.

Passo a proferir a **decisão**.

A tese defendida pelo recorrente resume-se à extinção da exigibilidade do crédito tributário a partir do reconhecimento judicial da compensação do mesmo, com base no art. 140, II, do Código Tributário do Município de Juazeiro do Norte, com valores apurados em desfavor do Fisco Municipal. Uma vez sendo possível esta compensação, não haveria razão para se obstar a expedição de certidão de regularidade fiscal em favor do agravante.

Importa salientar que a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça encontra-se hoje firmada no sentido de que o art. 170 do CTN não é autoaplicável, fazendo por demandar lei específica do ente federativo envolvido a autorizar a compensação de créditos tributários. Sobre o tema:

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. COMPENSAÇÃO DE DÉBITOS TRIBUTÁRIOS POR MEIO DE PRECATÓRIO. INEXISTÊNCIA DE LEI ESTADUAL ESPECÍFICA PARA O CASO. INTELIGÊNCIA DO ART. 170 DO CTN. PRECEDENTES DESTA CORTE. PRETENDIDA APLICAÇÃO DO ART. 78 DO ADCT. IMPOSSIBILIDADE.

1. Analisando-se a sistemática prevista no art. 78 do ADCT, constata-se que, enquadrando-se o crédito em alguma das hipóteses previstas no caput do artigo referido — precatórios pendentes na data de

promulgação da EC 30/2000 e os que decorram de ações iniciais ajuizadas até 31 de dezembro de 1999 —, e estabelecido o parcelamento, o inadimplemento de alguma das parcelas atribui ao respectivo crédito poder liberatório do pagamento de tributos da entidade devedora (§ 2º).

2. Assim, o precatório não pago não ganha, por si só, poder liberatório para pagamento de tributo, uma vez que o “poder liberatório” está condicionado ao enquadramento na sistemática prevista no art. 78 do ADCT.

3. Não havendo previsão legal específica que autorize a recorrente a proceder à compensação de seus débitos fiscais perante a Fazenda Estadual com o precatório apresentado, verifica-se a impossibilidade de se efetuar a compensação pleiteada com base tão somente no art.

170 do CTN, ou em princípios previstos constitucionalmente.

4. Recurso ordinário desprovido.

(RMS 27.982/MS, Rel. Ministra DENISE ARRUDA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 17/12/2009, DJe 04/02/2010)

PROCESSO CIVIL. RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. ARTIGO 543-C, DO CPC. PROCESSO JUDICIAL TRIBUTÁRIO. EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL. COMPENSAÇÃO TRIBUTÁRIA PRETÉRITA ALEGADA COMO MATÉRIA DE DEFESA. POSSIBILIDADE. ARTIGO 16, § 3º, DA LEF, C/C ARTIGOS 66, DA LEI 8.383/91, 73 E 74, DA LEI 9.430/96.

1. **A compensação tributária adquire a natureza de direito subjetivo do contribuinte (oponível em sede de embargos à execução fiscal), em havendo a concomitância de três elementos essenciais: (i) a existência de crédito tributário, como produto do ato administrativo do lançamento ou do ato-norma do contribuinte que constitui o crédito tributário; (ii) a existência de débito do fisco, como resultado: (a) de ato administrativo de invalidação do lançamento tributário, (b) de decisão administrativa, (c) de decisão judicial, ou (d) de ato do próprio administrado, quando autorizado em lei, cabendo à Administração Tributária a fiscalização e ulterior homologação do débito do fisco apurado pelo contribuinte; e (iii) a existência de lei específica, editada pelo ente competente, que autorize a compensação, ex vi do artigo 170, do CTN.**

2. [...]

3. [...]

4. [...]

5. [...]
6. [...]
7. [...]
8. [...]
9. [...]
10. [...]

(REsp 1008343/SP, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA SEÇÃO, **julgado em 09/12/2009**, DJe 01/02/2010)

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA. COMPENSAÇÃO TRIBUTÁRIA. APLICAÇÃO DO ART. 170-A DO CTN. REGIME JURÍDICO VIGENTE À ÉPOCA DA PROPOSITURA DA DEMANDA.

1. A compensação, posto modalidade extintiva do crédito tributário (artigo 156, do CTN), exsurge quando o sujeito passivo da obrigação tributária é, ao mesmo tempo, credor e devedor do erário público, sendo mister, para sua concretização, autorização por lei específica e créditos líquidos e certos, vencidos e vincendos, do contribuinte para com a Fazenda Pública (artigo 170, do CTN).

2. [...]
3. [...]
4. [...]
5. [...]
6. [...]

(Pet 5.546/SP, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA SEÇÃO, **julgado em 25/03/2009**, DJe 20/04/2009)

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. PRECEITO CONSTITUCIONAL. OFENSA. COMPETÊNCIA DO STF. COMPENSAÇÃO. INEXISTÊNCIA DE LEI ESPECÍFICA. INVIABILIDADE.

1. É inviável o exame no âmbito do recurso especial de suposta contrariedade a preceito de índole constitucional - art. 78 do ADCT -, sob pena de usurpação da competência do Supremo Tribunal Federal.

2. **“As Turmas que compõem a Seção de Direito Público já firmaram o entendimento de que para haver a compensação almejada deve haver lei do Ente Federativo autorizando a compensação. Não há, portanto, auto-aplicabilidade do art. 170 do CTN, mas existência de norma geral nacional para uniformizar o procedimento de compensação”** (REsp 989.098/RS, Rel. Min. Eliana Calmon, DJU 07.10.08).

3. Agravo regimental não provido.

(AgRg no REsp 1081559/RS, Rel. Ministro CASTRO MEIRA, SEGUNDA TURMA, **julgado em 03/02/2009**, DJe 17/02/2009)

TRIBUTÁRIO – ICMS – PRECATÓRIO – COMPENSAÇÃO – INEXISTÊNCIA DE LEI AUTORIZATIVA – IMPOSSIBILIDADE – ART. 170 DO CTN.

1. Conforme exigência expressa contida no art. 170 do CTN, somente se admite a compensação de tributos quando existir na esfera do ente federativo lei autorizadora. Precedentes.

2. Recurso especial provido.

(REsp 946840/RS, Rel. Ministra ELIANA CALMON, SEGUNDA TURMA, **julgado em 21/10/2008**, DJe 18/11/2008)

Cumprе ressaltar, por oportuno, que o agravante apresenta o art. 140,II, da Lei Complementar municipal 09, de 19 de dezembro de 2005, como fundamento legal a respaldar o pleito de compensação tributária. Tal espécie normativa, a extreme de dúvidas, não atende ao requisito da especialidade a que faz menção a jurisprudência do STJ, tratando-se em verdade de norma geral tributária que repete a redação do art. 156, II, do CTN.

Dito isso, lembra-se que o fundamento apresentado pelo magistrado ao decidir o pleito antecipatório restringe-se à impossibilidade de compensação tributária não amparada por lei específica que a autorize, indo ao encontro do que dita a jurisprudência da Corte Superior de Justiça.

Ainda que assim não fosse, para a expedição da certidão de regularidade fiscal, com base no art. 140, II, da Lei Municipal apresentada como fundamento do pedido, seria necessário o deferimento liminar da compensação tributária, o que resta vedado pela Súmula 212 do STJ, consoante se vê:

Súmula n.º 212, STJ – A compensação de créditos tributários não pode ser deferida em ação cautelar ou por medida liminar cautelar ou antecipatória.

Por outro lado, mostra-se inteiramente possível o julgamento monocrático do agravo de instrumento, com base na redação do art. 557, *caput*, do CPC, uma vez que o recurso se coloca contrário à jurisprudência firmada no STJ, consoante verificado anteriormente.

Ante o exposto, **nego seguimento ao agravo de instrumento**, nos termos do art. 557, *caput*, do CPC, por se mostrar em confronto com a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça.

Expedientes necessários.

Fortaleza, 24 de fevereiro de 2010.

AGRAVO DE INSTRUMENTO COM PEDIDO DE EFEITO SUSPENSIVO
Nº 2009.0024.6439-4/0

ORIGEM: 5ª VARA DA COMARCA DE JUAZEIRO DO NORTE

AGRAVANTE(S): PRISCILLA D'ÁVILA CRUZ MACEDO

AGRAVADO(S): FACULDADE DE MEDICINA DE JUAZEIRO DO NORTE

RELATOR: DES. FRANCISCO DE ASSIS FILGUEIRA MENDES

DECISÃO MONOCRÁTICA

EMENTA: Processual civil. Sistemática recursal. Faculdade do Relator. Ampliação dos efeitos do recurso. Possibilidades. A Lei nº 10.352/2001 e os arts. 527, III e 558, do CPC, e sua teleologia. Aplicabilidades. Necessidade cognitiva superficial ou sumária. Juízos de segurança (cautelaridade = suspensividade) e/ou de evidência (tutela antecipada = efeito ativo). Requisitos concessivos ao sabor da disciplina legal dos arts. 273 e 798, do CPC. Ausência dos *errores in iudicando* e *in procedendo*. Inconfigurabilidade. Decisão hígida de nulidades. Manutenção em primeira mirada da deliberação primária. Determinação das diligências previstas no art.527,IV e V, CPC. Derradeiramente, em razão da matéria ter em seu pano de fundo direito à educação de índole constitucional, rende ensejo à auscultação o Ministério Público, por sua Procuradoria Geral de Justiça.

Recebidos em 20 de agosto de 2009, às 17:00h.

Inconformada com a denegação da tutela antecipatória pretendida com fito transferencial do curso de medicina da Faculdade de Medicina do Centro Universitário do Maranhão para a Faculdade de Medicina de Juazeiro, sob color argumentício de ser portadora das enfermidades anorexia e bulimia, daí a

necessidade do zelo e assistência médica em ambiente familiar.

Da decisão da lavra do M.M. Juiz da 5ª Vara da Comarca de Juazeiro do Norte (ver fls.55/56) é posta a presente irrisignação com fito ao exercitamento facultativo dos poderes do relator ao visio do art.527, II, CPC.

A enfermidade delatada é suportada pelos documentos de fls.36/47 e a denegação pela via administrativa regular da operação transferencial não tem registro documental nos presentes autos.

A postulação de tutela em sede recursal é de natureza ativa, com fincas no art.527, III do CPC, tendo em vista o caráter denegatório em sede da ação ordinária, no processo nº.2009.0024.7027-0, daí se jungir não o art.522, CPC, que trata de lesão grave e de difícil reparação como motivador para o manejo do agravo na modalidade instrumental, e sim nos ditames regedores da tutela antecipada *ex vi* do art.273, CPC.

Relatado, decido.

Na hipótese em apreciação, não detectamos, em prelúdio, desacerto do julgador na perpetração material/formal de *errores (in iudicando e procedendo)* capaz de impor reproche corretivo do *decisum*, pois às primeiras, a decisão objeto da denegação tutelar para fins matriculares (fls.55/56), recebeu fundamentação bastante identificadora da inexistência dos requisitos autorizadores previstos no art.273 do CPC, confortando de igual a exigibilidade do inciso IX, do art.93, da Constituição Federal.

Em seguimento, como estatuído por esta relatoria em julgamentos anteriores de diversas matizes jurídicas, restou desenvolvido uma metodologia que busca a existência de recursos julgados abrangendo a mesma matéria, iniciando-se pela própria relatoria do julgador e de sua Câmara, mesmo que a relatoria seja de competência de outros membros ou de outras Câmaras, de molde a propiciar um elemento identificativo capaz de gerar um precedente judicial.

Rendemo-nos, assim, à força do precedente judicial como fonte de direito, tem relevância do magistério de TUCCI, monografia percuciente e rara sobre a temática versada:

Ora, o elemento crucial que efetivamente justifica a recepção analógica da decisão anterior para a solução da hipótese posterior é o “princípio da universalidade”, entendido como exigência natural de que casos substancialmente iguais sejam tratados de modo semelhante. É ele,

com efeito, o componente axiológico que sempre revestiu a idéia de Justiça, como “qualidade formal”. Além disso, a máxima jurídica que é extraída da decisão anterior e que, como visto, constitui efetivamente o “precedente”, sofre um tal processo de generalização que se insere em uma categoria de dogma dotado de extensão lógica. Desse modo, caso concreto julgado passa a ser apenas um exemplum dentro de um conjunto genérico de casos. É importante frisar que toda decisão judicial encerra uma operação complexa de raciocínio, não podendo ser considerado com um fim último, mas, sim, um destacado elemento no processo contínuo de resolver pendências no foro do direito. O judiciário não se presta exclusivamente para decidir conflitos concretos, mas ainda deve cuidar para que as suas decisões possam servir de orientação para casos futuros.¹

Em estrita fidelidade a tais regras, localizamos no sistema SPROC desta Corte o agravo de instrumento nº.2009.0008.4415-7/0, da lavra do Eminentíssimo Desembargador Lincoln Tavares Dantas, integrante da 4ª Câmara Cível deste Colégio Jurisdicional, em que restou firmado o entendimento em caso análogo ao presentemente examinado, no qual a motivação “saúde” é erigida como motivo primacial para a transferência de aluno entre instituições particulares de ensino superior sediadas em unidades federativas diferentes. A decisão unânime foi de inexistir possibilidade da supremacia do interesse do particular em razão do interesse público e a ordem administrativa, fazendo prevalecer os ditames da Lei nº.9.536/97, e de sua aplicação restrita às hipóteses legais ali previstas.

Eis como restou ementado o decisório em alusão, em recentíssimo julgamento:

ADMINISTRATIVO. AGRAVO DE INSTRUMENTO. TUTELA ANTECIPATÓRIA. DETERMINAÇÃO DE TRANSFERÊNCIA ENTRE ENTIDADES DE ENSINO SUPERIOR. PRETERIÇÃO DO INTERESSE DA COLETIVIDADE PELO PRIVADO. GRAVE LESÃO À ORDEM, EM PARTICULAR À ORDEM ADMINISTRATIVA. LEI Nº 9.536/97.

Não pode servir o instituto da transferência, restrito às hipóteses legais (Lei nº 9.536/97), para burlar o concurso

vestibular, com o fito exclusivo de voltar o estudante para a cidade onde residia juntamente com a família, sob pena de se subjugar o interesse da coletividade ao do particular.

A prodigalização de decisórios com a determinação digitada acarreta lesão grave e irreparável à ordem pública, especificamente à ordem administrativa e de ensino do setor educacional público, tendente a desestruturação inaceitável.

Em aceitando tal decisão como paradigma, diante dos elementos fáticos análogos com o caso em apreciação e o seu julgamento ocorrente ainda no primeiro semestre deste ano, 08/07/2009, tenho e acolho o presente aresto como fonte jurisprudencial norteadora do agir jurisdicional responsável pela estabilização da ordem jurídica, e em razão do exercitamento de uma cognição sumária verticalizada para apreciação das tutelas antecipatórias, hei de manter a decisão do juízo originário da 5ª Vara da Comarca de Juazeiro do Norte, denegando, pois, o pleito concessivo do efeito ativo à primitiva decisão denegatória, em perfeita simetria com decisão anterior da lavra deste julgador proferida no agravo de instrumento nº.2009.0013.6148-6/0, com matéria análoga e, inclusive, tendo no pólo passivo da relação processual a mesma Faculdade Medicina de Juazeiro do Norte.

O exame de pretensos efeitos reversos com a decisão ora mantida e o aspecto social específico, bem como a questão relativa aos ditames constitucionais aplicáveis ao direito à educação, serão avaliadas em cognição exauriente no azo do julgamento camerário, que se avizinha, sem olvidar do relevo de que feitos recursais deste jaez estão a se multiplicar nesta Corte judicial, o que poderia indicar uma enfermização em grande escala de todos os acadêmicos que ostentam raízes da região do Cariri e fazem curso em instituição universitária privada de outro Estado.

Notifique-se o juízo agravado para fins do trato decencial de que trata o inciso IV do art.527, CPC, bem como intimada a parte agravada para o exercitamento facultativo de sua defesa, *ex vi* do inciso V do articulado em menção.

Muito embora a lide envolva, de um lado, instituição particular de ensino, e de outro, pessoa física plenamente capaz, o pano de fundo da questão envolve o direito à educação, consagrado no art. 205, da Constituição Federal.

A teor de tal fundamentação, podemos extrair, em ilação, que gravita um forte interesse público capaz de motivar a intervenção do Ministério Público (art. 82, III, do CPC), daí a necessária auscultação do *Parquet.*, **derradeiramente, ou seja, após as providências legais anunciadas e determinadas.**

Diante do exposto, remetam-se os autos para o exame da douta e zelosa Procuradoria Geral de Justiça.

Intimem-se.

Exp. Necessários.

Fortaleza, 21 de agosto de 2009.

¹CRUZ E TUCCI, José Rogério. *Precedente Judicial como Fonte do Direito*. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 25.

Conflito de Competência

CONFLITO DE COMPETÊNCIA - CRIME Nº 2007.0014.9985-6/0
SUSCITANTE: JUIZ DE DIREITO DA 4ª VARA DA INFÂNCIA E DA
JUVENTUDE DA COMARCA DE FORTALEZA
SUSCITADO: JUIZ DE DIREITO DA 1ª VARA DA COMARCA DE
ITAPIPOCA
ORIGEM: 4ª VARA DA INFÂNCIA E DA JUVENTUDE DA COMARCA
DE FORTALEZA (ATO INFRACIONAL - Processo nº 2007.0402.4365)
RELATOR: DESEMBARGADOR ADEMAR MENDES BEZERRA

**EMENTA: CONFLITO DE COMPETÊNCIA.
ESTATUTO DA CRIANÇA E DO
ADOLESCENTE. ATO INFRACIONAL.**

I. O artigo 147, incisos I e II, do Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) determina que a competência para conhecer de feitos envolvendo crianças e adolescentes será determinada pelo domicílio dos pais ou do responsável ou, na falta destes, pelo lugar onde se encontre a criança ou o adolescente.

II. Entretanto, o artigo 147, § 1º, do mesmo diploma legal também dispõe que, para examinar processos relativos a atos infracionais, será competente a autoridade do lugar da ação ou omissão, observadas as regras de conexão, continência e prevenção.

III. Tendo a menor cometido ato infracional na área de jurisdição da Comarca de Itapipoca, é desta a competência para processar e julgar o caso, não obstante ter a adolescente residência em Fortaleza à época do fato ilícito.

IV. Conflito procedente, com declaração de competência do d. Juízo da 1ª Vara da Comarca de Itapipoca, ora suscitado.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos do Conflito de Competência n.º 2007.0014.9985-6/0, em que figuram as partes acima indicadas.

Acorda a Segunda Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Ceará, em julgamento unânime, em conhecer o presente Conflito e declarar a competência do d. Juízo da 1ª Vara da Comarca de Itapipoca, ora suscitado, nos termos do voto do Relator.

Fortaleza, 3 de junho de 2009

RELATÓRIO

Cuidam estes autos de Conflito de Competência, que tem como suscitante o d. JUIZ DE DIREITO DA 4ª VARA DA INFÂNCIA E DA JUVENTUDE DA COMARCA DE FORTALEZA e como suscitado o d. JUIZ DE DIREITO DA 1ª VARA DA COMARCA DE ITAPIPOCA, referente a ato infracional cometido no município de Itapipoca, objeto do processo de número 2007.0402.4365.

À fl. 23, decisão por meio do qual o d. Juízo da 1ª Vara da Comarca de Itapipoca declina de sua competência em favor da Comarca de Fortaleza, em vista da informação de que a adolescente que cometeu o ato infracional residiria nesta capital.

À fl. 28, documento da 4ª Promotoria de Justiça da Infância e da Juventude, por meio do qual o d. órgão do *Parquet* requer que seja declarada a incompetência do d. Juízo da 4ª Vara da Infância e da Juventude da Comarca de Fortaleza para conhecer do ato infracional em apreço e que seja instaurado o devido conflito negativo de competência.

Às fls. 29/31, despacho do d. Magistrado da 4ª Vara da Infância e da Juventude da Comarca de Fortaleza, suscitando Conflito Negativo de Competência perante o egrégio Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, com fundamento no artigo 147 do Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA).

O presente feito independe de preparo, a teor do artigo 511, § 1º, do CPC (fl. 35).

Despacho deste Relator à fl. 38, entendendo despiciendo requisitar informações ao d. Juízo suscitado, porque exsurgem dos autos as razões de seu convencimento, e lembrando que o STJ já decidiu, com fundamento no artigo 119 do CPC, que não é obrigatória a audiência dos magistrados em conflitos de competência quando os fólhos respectivos estiverem devidamente instruídos, como é o caso no presente feito.

Às fls. 41/44, parecer da d. PGJ, defendendo que a competência para decidir acerca do ato infracional é do d. Juízo da 1ª Vara da Comarca de Itapipoca, à luz do artigo 147, § 1º, do ECA.

É o relatório.

VOTO

O exame do caso à luz do ordenamento jurídico pátrio revela que o deslinde do presente Conflito de Competência não oferece maiores dificuldades.

É certo que o artigo 147, incisos I e II, do Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) determina que a competência para conhecer de feitos envolvendo menores de dezoito anos será determinada pelo domicílio dos pais ou do responsável ou, na falta destes, pelo lugar onde se encontre a criança ou o adolescente.

Entretanto, o mesmo diploma legal é claro quando determina, em seu artigo 147, § 1º, que **“Nos casos de ato infracional, será competente a**

autoridade do lugar da ação ou omissão, observadas as regras de conexão, continência e prevenção”.

A orientação em apreço é confirmada pela jurisprudência pátria, como comprovam os seguintes julgados, todos do STJ:

“CONFLITO DE COMPETÊNCIA - ESTATUTO DO MENOR E DO ADOLESCENTE – ATO INFRACIONAL.

- EM SE TRATANDO DE ATO INFRACIONAL PRATICADO POR MENOR ADOLESCENTE, A COMPETÊNCIA FIXA-SE PELO LUGAR DA INFRAÇÃO, A TEOR DO PARAGRAFO 1. DO ART. 147 DA LEI 8.069/90 (E.C.A.).

- CONFLITO PROCEDENTE COM DECLARAÇÃO DE COMPETÊNCIA DO MM. JUÍZO DE DIREITO DA VARA DA INFÂNCIA E DA JUVENTUDE, ORA SUSCITADO. (STJ. CC 3894/SP. CONFLITO DE COMPETÊNCIA 1992/0030457-5; Ministro CID FLAQUER SCARTEZZINI. S3 - TERCEIRA SEÇÃO. Data do Julgamento, 03/06/1993, Data da Publicação/ Fonte, DJ 28/06/1993 p. 12841).

“COMPETÊNCIA. MENOR. EM SE TRATANDO DE ATO INFRACIONAL PRATICADO POR MENOR, COMPETE A AUTORIDADE DO LUGAR DA AÇÃO O PROCESSAMENTO E JULGAMENTO DO FEITO (ART. 147, PAR. 1., ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE).

CONFLITO CONHECIDO PARA SE DECLARAR COMPETENTE O SUSCITADO. (STJ. CC 4204 / DF. CONFLITO DE COMPETENCIA 1993/0003543-6; Ministro Ministro ASSIS TOLEDO. S3 - TERCEIRA SEÇÃO. Data do Julgamento, 03/06/1993, Data da Publicação/Fonte, DJ 02/08/1993 p. 14173).

O caso que ora examinamos tem como ação de origem um ato infracional cometido por uma menor de dezoito anos em Itapipoca, impondo, portanto, à autoridade jurisdicional da Comarca em apreço o dever de apreciar o caso, ainda que a autora do ato em tela viva em outra cidade ou, tendo morado na área de jurisdição daquela circunscrição judiciária, tenha se mudado para local diverso.

Em vista do exposto, portanto, conheço deste Conflito de Competência e declaro competente o suscitado, no caso o d. Juízo da 1ª Vara da Comarca de Itapipoca.

É como voto.

Fortaleza, 3 de junho de 2009.

Embargos de Declaração

PROCESSO Nº: 2003.0013.2239-2/2
EMBARGOS DE DECLARAÇÃO (COM EFEITOS MODIFICATIVOS)
EMBARGANTE: FIAT ADMINISTRADORA DE CONSÓRCIOS LTDA.
EMBARGADO: FRANCISCA BRAGA DA SILVA
ÓRGÃO JULGADOR: TERCEIRA CÂMARA CÍVEL
RELATOR: DES. CELSO ALBUQUERQUE MACÊDO

EMENTA: EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. EFEITOS MODIFICATIVOS. EXCLUSÃO DA MULTA APLICADA POR LITIGÂNCIA DE MÁ-FÉ (§ ÚNICO, DO ART. 4º, DA LEI Nº 9.800/99). IMPOSSIBILIDADE. HIPÓTESES DE CABIMENTO NÃO CONFIGURADAS (ART. 535, CPC). TRANSMISSÃO VIA FAC-SÍMILE. APELAÇÃO INCOMPLETA. AUSÊNCIA DE CORRESPONDÊNCIA ENTRE A PEÇA APRESENTADA POR MEIO DE FAX E O ORIGINAL. REITERAÇÃO DE EXPEDIENTES PROCRASTINATÓRIOS. EMBARGOS DECLARATÓRIOS CONHECIDOS E NÃO PROVIDOS.

1. Insurge-se, a embargante, quanto à multa por litigância de má-fé a ela imposta por esta Câmara quando do julgamento de sua apelação, em razão da ausência de similitude entre a peça apresentada por meio de fax e o original do apelo protocolizado posteriormente, tudo com fundamento no parágrafo único, do art. 4º, da Lei Nº 9.800/99; nos artigos 16, 17, inciso VII, e 18, *caput*, do CPC; e, finalmente, em vários precedentes do STJ (EDCL NO AGRG NO AG 942.794/RJ; AGRG NOS EDCL NO AG 1062334/RJ; RESP 856.918/MG).

2. Vê-se, *in casu*, que o Judiciário se desincumbiu, à saciedade, do seu dever constitucional, enquanto norma sancionatória, de motivar a decisão embargada, à luz da instrumentalidade que informa os julgamentos prolatados por esta Câmara, ao impedir a análise do mérito de recursos flagrantemente carentes de admissibilidade, à semelhança da apelação oposta pela

ora embargante. Pretender a revisão do julgado sob este prisma extrapola as hipóteses de admissibilidade dos embargos de declaração, previstas no art. 535, do CPC.

3. A bem da verdade, esta Câmara demonstrou, em extensa fundamentação, que a conduta irregular da embargante, quando do protocolo de seu apelo, encontra óbice intransponível no art. 514, do CPC, e no art. 4º, da Lei nº 9.800/99, norma que regulamenta a utilização pelas partes do sistema de transmissão de dados para a prática de atos processuais (mais conhecida como “lei do fax”), cabendo a responsabilidade, pela qualidade e pela fidelidade do material transmitido e por sua entrega ao órgão judiciário, ao usuário, sob pena de ser considerado litigante de má-fé.

4. Os embargos declaratórios constituem recurso de rígidos contornos processuais, exigindo-se, para seu acolhimento, que estejam presentes os pressupostos legais de cabimento. Sua natureza não é substitutiva do julgado, mas, sim, integrativa ou aclaratória, pois objetivam complementar ou aclarar a decisão embargada, dissipando-lhe eventuais obscuridades ou contradições.

5. Entende, este Relator, que a mera insatisfação com a decisão embargada não possibilita o rejugamento da causa por meio dos aclaratórios. Na verdade, o que se observa aqui é a flagrante procrastinação do feito, à semelhança dos embargos opostos no 1º grau pela empresa, especialmente quando se vislumbra, às fls. 295/299, as razões que levaram esta Corte a não conhecer da apelação à míngua de regularidade formal.

6. Embargos declaratórios conhecidos, porém, improvidos, mantendo-se, *in totum*, o acórdão embargado.

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, em CONHECER e NEGAR PROVIMENTO aos embargos declaratórios, mantendo-se, *in totum*, o acórdão embargado, tudo nos termos do voto do Relator, que integra esta decisão.

RELATÓRIO

Tratam-se de EMBARGOS DE DECLARAÇÃO (COM EFEITOS MODIFICATIVOS) apresentados, no quinquídio legal, por FIAT ADMINISTRADORA DE CONSÓRCIOS LTDA. (fls. 304/305), em face do acórdão unânime proferido por esta Câmara Cível (fls. 293/299) que NÃO CONHECEU da APELAÇÃO interposta pela ora embargante, confirmando-se, *ipso facto*, a sentença monocrática que condenou a citada empresa a pagar à autora FRANCISCA BRAGA DA SILVA, aqui embargada, a título de danos materiais, a importância correspondente ao valor do veículo automotor - objeto do consórcio e do seguro de vida em grupo àquele agregado e ora em discussão (fls. 15/20) - à época do óbito de seu filho, bem como danos morais equivalentes a 10 (dez) salários mínimos, tudo acrescido de juros, de correção monetária e de honorários advocatícios, além de eventuais despesas.

A parte EMBARGANTE-APELANTE-RÉ, primeiramente, registrou (I) a importância do princípio da instrumentalidade enquanto fonte normativa informadora do processo civil pátrio, realizadora da efetividade, da celeridade e da justiça necessárias à concretização do direito material em discussão; (II) que “...a interposição do recurso de apelação via eletrônica (facsimile) em número de folhas inferior por si só não configura dano moral.” (sic – fl. 304); (III) que tal procedimento, adotado pela embargante quando do protocolo de sua apelação, tem suporte em orientação passada pela própria Vara de origem (4ª Vara da Comarca do Crato), tanto é que o apelo foi devidamente recebido naquela instância (fl. 276); (IV) que a multa por litigância de má-fé, imposta por esta Câmara à embargante em razão da ausência de similitude entre a peça apresentada por meio de fax e o original protocolizado posteriormente, é abusiva, além de afrontar as normas constitucionais que impõe ao judiciário a fundamentação de suas decisões; (V) ao final, que esta Corte, dando provimento aos embargos, imprima, aos declaratórios, efeitos modificativos, para excluir da condenação a multa por litigância de má-fé, com respaldo nas normas legais pertinentes à espécie.

A parte EMBARGADA-APELADA-AUTORA, não obstante devidamente notificada (fls. 310/311), deixou de impugnar os embargos de declaração, deixando transcorrer *in albis* o prazo assinalado por este Relator, conforme se infere da certidão de fls. 312.

Conclusos os autos (fl. 312), apresento-os, nesta assentada, em mesa para julgamento, independentemente de revisão e inclusão em pauta, na forma dos artigos 34, § 3º, e 66, § 1º, ambos do Regimento Interno deste Tribunal.

Eis o relato.

VOTO

Insurge-se, a embargante, quanto à multa por litigância de má-fé a ela imposta por esta Câmara quando do julgamento de sua apelação, em razão da ausência de similitude entre a peça apresentada por meio de fax e o original do apelo protocolizado posteriormente, tudo com fundamento no parágrafo único, do art. 4º, da Lei Nº 9.800/99; nos artigos 16, 17, inciso VII, e 18, caput, do CPC; e, finalmente, em vários precedentes do STJ (EDCL NO AGRG NO AG 942.794/RJ; AGRG NOS EDCL NO AG 1062334/RJ; RESP 856.918/MG), nos termos do acórdão, a saber:

ACÓRDÃO (fls. 293/294)

“Vistos, relatados e discutidos os presentes autos da Apelação Cível de Fortaleza Nº 2003.0013.2239-2/1, em que litigam as partes, acima nominadas. Acorda, a TURMA JULGADORA DA TERCEIRA CÂMARA CÍVEL DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO CEARÁ, por unanimidade, em NÃO CONHECER da referida apelação, à míngua de pressuposto de admissibilidade recursal, no tocante à regularidade formal do apelo, **na medida em que a recorrente, quando da interposição da apelação pela via eletrônica (fac-símile), encaminhou o recurso de forma incompleta, transmitindo apenas a página de rosto da apelação (P1-fl. 251) e a guia de recolhimento das custas judiciais (P2- fl. 252)), apresentando, somente após, ainda que no prazo legal, o recurso original acompanhado das razões recursais (fls. 253/275), em frontal violação ao art. 4º, da Lei 9.800/99, c/c o art. 514, do CPC, restando mantida a sentença.** Acorda, ainda, este colegiado, **por unanimidade de votos e com respaldo no parágrafo único, do art. 4º, da citada Lei Nº 9.800/99, e nos artigos 16, 17, inciso VII, e 18, caput, todos do CPC, em CONDENAR a apelante ao pagamento de multa por litigância de má-fé, correspondente a 1% (hum por cento) sobre o valor da causa, a ser revertida em favor da apelada, tudo nos termos do voto deste Relator**, que faz parte integrante desta decisão, juntamente com a cópia do fax que repousa às fls. 251/252, dada a efemeridade das informações ali contidas.” (Grifamos)

Da fundamentação do acórdão embargado, vale transcrever as razões que motivaram este Relator a condenar a embargante na multa, ora impugnada, com respaldo não somente nas normas legais autorizadas da reprimenda, como também na jurisprudência atual do Superior Tribunal de Justiça, *in verbis*:

VOTO (fl. 297/298)

“Em prosseguimento e tendo em vista que, **“Sem prejuízo de outras sanções, o usuário do sistema será considerado litigante de má-fé se não houver perfeita concordância entre o original remetido pelo fac-símile e o original entregue em juízo.”**¹, condeno a apelante ao pagamento da multa correspondente a 1% (hum por cento) sobre o valor da causa, a ser revertida em favor da apelada, tudo com respaldo no disposto nos artigos 16, 17, inciso VII, e 18, caput, todos do CPC, bem como na jurisprudência, abaixo transcrita, *in verbis*:

“PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL TRANSMITIDO VIA FAC-SÍMILE. **AUSÊNCIA DE SIMILITUDE ENTRE A PEÇA APRESENTADA POR MEIO DE FAX E O ORIGINAL. LITIGÂNCIA DE MÁ-FÉ.**

1. É inadmissível o recurso especial quando seu original não corresponde à peça transmitida anteriormente, via fac-símile.

2. **Caracteriza litigância de má-fé a ausência de similitude entre a peça apresentada por meio de fax e o original do recurso.**

Aplicação da multa prevista no art. 18 do CPC.

3. Recurso especial não conhecido.” (Grifamos) (STJ, REsp 856.918/MG, Rel. Ministro CASTRO MEIRA, SEGUNDA TURMA, julgado em 15/04/2008, DJe 30/04/2008)

Do voto exarado pelo Min. CASTRO MEIRA (Relator), acolhido por unanimidade pela Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça, dada a similitude ao caso em apreço, destacamos o seguinte:

“**O EXMO. SR. MINISTRO CASTRO MEIRA (Relator):** O recurso especial não reúne condições de ser admitido. Isso porque o original juntado aos autos não corresponde ao apelo enviado via fac-símile.

Enquanto esse último possui apenas a folha de rosto, parte de um acórdão e a guia do preparo (fls. 128-130) aquele traz em seu bojo as razões recursais (fls. 144-150).O art. 4º da Lei nº 9.800/99, que permite às partes a utilização de sistema de transmissão

de dados para a prática de atos processuais, dispõe:

...

Ante o exposto, não conheço do recurso especial e **condeno a recorrente ao pagamento de multa por litigância de má-fé, correspondente a 1% sobre o valor da causa, nos termos do art. 18 do CPC.**

É como voto.” (Grifos não originais)

Diante dos excertos acima transcritos, vê-se, *in casu*, que o Judiciário se desincumbiu, à saciedade, do seu dever constitucional, enquanto norma sancionatória, de motivar a decisão embargada, à luz da instrumentalidade que informa os julgamentos prolatados por esta Câmara, ao impedir a análise do mérito de recursos flagrantemente carentes de admissibilidade, à semelhança da apelação oposta pela ora embargante. Pretender a revisão do julgado sob este prisma extrapola as hipóteses de admissibilidade dos embargos de declaração, previstas no art. 535, do CPC.

A bem da verdade, esta Câmara demonstrou, em extensa fundamentação, que a conduta irregular da embargante, quando do protocolo de seu apelo, encontra óbice intransponível no art. 514, do CPC, e no art. 4º, da Lei nº 9.800/99, norma que regulamenta a utilização pelas partes do sistema de transmissão de dados para a prática de atos processuais (mais conhecida como “lei do fax”), cabendo a responsabilidade pela qualidade e pela fidelidade do material transmitido e por sua entrega ao órgão judiciário ao usuário, sob pena de ser considerado litigante de má-fé. Vejamos:

“ Art. 4º Quem fizer uso de sistema de transmissão torna-se responsável pela qualidade e fidelidade do material transmitido, e por sua entrega ao órgão judiciário.

Parágrafo único. Sem prejuízo de outras sanções, o usuário do sistema será considerado litigante de má-fé se não houver perfeita concordância entre o original remetido pelo fac-símile e o original entregue em juízo”.

Pretender a revisão do julgado sob este prisma extrapola as hipóteses de admissibilidade dos embargos de declaração, previstas no art. 535, do CPC, segundo a jurisprudência pacífica quanto ao tema, *in verbis*:

“EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. INEXISTÊNCIA DAS HIPÓTESES DO ARTIGO 535 DO CPC. MATÉRIA

CONSTITUCIONAL. PREQUESTIONAMENTO.
IMPOSSIBILIDADE.

1. Esta Corte não pode conhecer do recurso especial por violação de dispositivo constitucional, mas nada a impede de interpretar norma constitucional que entenda aplicável ao caso para chegar à conclusão do julgado. Trata-se de aplicação do direito à espécie, nos termos do art. 257 do Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça-RISTJ e da Súmula 456 do STF.

2. Os embargos de declaração são cabíveis apenas e tão somente para sanar obscuridade ou contradição ou, ainda, para suprir omissão verificada no julgado, acerca de tema sobre o qual o tribunal deveria ter-se manifestado. Descabe examinar inconformismo da parte ante o aresto embargado.

3. Os aclaratórios constituem meio inadequado para o prequestionamento de matéria de fundo constitucional, apto a permitir oportuna interposição do recurso extraordinário. Assim, descabe analisar a aventada ofensa aos arts. 2º, 5º, II, 102, III e 105, III, da Constituição Federal.

4. Embargos de declaração rejeitados.”(Grifos nossos) (EDcl nos EDcl no REsp 1051802/PR, Rel. Ministro CASTRO MEIRA, SEGUNDA TURMA, julgado em 09/06/2009, DJe 23/06/2009)

Os embargos de declaração constituem recurso de rígidos contornos processuais, exigindo-se, para seu acolhimento, que estejam presentes os pressupostos legais de cabimento. Sua natureza não é substitutiva do julgado, mas, sim, integrativa ou aclaratória, pois objetivam complementar ou aclarar a decisão embargada, dissipando-lhe eventuais obscuridades ou contradições.

Entende, este Relator, que a mera insatisfação com a decisão embargada não possibilita o re julgamento da causa por meio dos aclaratórios. Na verdade, o que se observa é a flagrante procrastinação do feito, especialmente quando se vislumbra, claramente, às fls. 295/299, as razões que levaram esta Corte a não conhecer da apelação à minguada de regularidade formal.

Lamentavelmente, parece-nos que a embargante já é useira e vezeira na prática de condenáveis expedientes processuais protelatórios, especialmente quando se observa que o juiz *a quo* (ao fundamentar a improcedência dos primeiros embargos de declaração, opostos também naquela instância pela ora embargante) registrou que a pretendida litisdenúncia deixou de ser atendida “...*por desídia, sim, da embargante, já que esta, por mais de uma oportunidade, informou o endereço da denunciada de forma errada.*” (fl. 246). E mais: que o pedido de

multa (art. 538, § único, do CPC) era aceito por aquele juízo “... em razão da absoluta impropriedade dos fundamentos apresentados, se afigurando dito recurso mais como um meio protelatório ao esperado alcance da coisa julgada.” (fls. 246/247).

Ad argumentandum, caberá à parte eventualmente contrariada em seus argumentos valer-se dos instrumentos processuais adequados que o sistema recursal lhe oferece, conforme já pacificou o STJ:

“PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. PREVIDÊNCIA PRIVADA. FUNCEF. NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDICIONAL. INOCORRÊNCIA. MATÉRIA SUFICIENTE APRECIADA. SUCUMBÊNCIA RECÍPROCA. AFERIÇÃO. SÚMULA 7/STJ. RESTITUIÇÃO DE CONTRIBUIÇÕES. SÚMULA 289/STJ.

1. Não há falar em negativa de prestação jurisdicional nos embargos de declaração quando o Tribunal de origem enfrentar a matéria posta em debate na medida necessária para o deslinde da controvérsia. A motivação contrária ao interesse da parte não se traduz em maltrato ao art. 535 do CPC.

2. *Omissis*.

3. *Omissis*.

4. Agravo regimental a que se nega provimento.” (AgRg no Ag 1009797/DF, Rel. Ministro VASCO DELLA GIUSTINA (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/RS), TERCEIRA TURMA, julgado em 16/06/2009, DJe 24/06/2009)

CONCLUSÃO

Diante do exposto, CONHEÇO e NEGO PROVIMENTO aos embargos declaratórios, mantendo-se, *in totum*, o acórdão embargado, tudo nos termos do voto deste Relator, que integra esta decisão.

É como voto.

Fortaleza-CE, 19 de outubro de 2009

¹Parágrafo único, do art. 14, da Lei N° 9.800/99.

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO nº. 2008.0022.9221-8/1

Embargante: ESTADO DO CEARÁ

Embargados: INÁCIO PEDRO DA SILVA E OUTROS

Relator: Des. Ademar Mendes Bezerra

EMENTA: PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DECLARATÓRIOS INTERPOSTOS EM SEDE DE AGRAVO DE INSTRUMENTO. CONTRADIÇÃO, OMISSÃO E OBSCURIDADE NÃO VERIFICADOS NO *DECISUM* EMBARGADO. OBJETIVO DE REDISCUTIR A MATÉRIA. INTELIGÊNCIA DO ART. 535 DO CPC.

- Não havendo omissão, contradição ou obscuridade na decisão recorrida, não há de ser outro o entendimento do Tribunal, senão o de rejeitar embargos que visam unicamente à rediscussão da matéria.

- Hipótese em que se concluiu pela inexistência de nulidade no caso, tratando-se de mera irregularidade “...que não teve o condão de trazer qualquer prejuízo para a parte...”, como restou ali expresso, sendo despidendo indicar os artigos de lei em apreço para a solução da *quaestio*.

- Embargos rejeitados.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de Embargos Declaratórios nº. 2008.0022.9221-8/1, em que figuram as partes acima referidas, acordam os Srs. Desembargadores integrantes da Turma Julgadora da Segunda Câmara Cível do egrégio Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, à unanimidade, em rejeitá-los, nos termos do voto do Relator.

Fortaleza-CE, 22 de abril de 2009.

RELATÓRIO

Cuida-se de recurso de embargos de declaração manejados pelo ESTADO DO CEARÁ, em face de INÁCIO PEDRO DA SILVA e outros, com

a finalidade de sanar pretensa omissão existente no acórdão impugnado.

Com efeito, argumenta, em síntese, o embargante, que a decisão recorrida deixou de apreciar documentação anexa aos autos (cópia do recurso apelatório), por meio da qual se percebe que fora ali levantada uma das questões veiculadas no agravo, consubstanciada na errônea indicação do número do processo na publicação respectiva, deixando o Tribunal, outrossim, de analisar a suposta violação aos arts. 214, 247 e 248 do Código de Processo Civil, donde a existência de prejuízo processual para o ora recorrente.

Estabelecido o contraditório, haja vista os efeitos infringentes dos presentes embargos, os recorridos ofertaram as contra-razões de fls. 752/754, sustentando, basicamente, a impossibilidade de utilização dos declaratórios para prequestionamento de matéria a ser devolvida em futuro recurso.

É o sucinto relatório.

VOTO

Senhor(a) Presidente, a decisão aqui embargada contém a seguinte ementa:

“PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. DECISÃO QUE INADMITIU APELO DO ESTADO POR INTEMPESTIVIDADE. ALEGAÇÃO DE NULIDADE. CONVALIDAÇÃO. PRAZO RECURSAL. DÚVIDA SOBRE INTERPRETAÇÃO DE PORTARIA QUE DETERMINARA A PRORROGAÇÃO DE PRAZOS PROCESSUAIS. AGRAVO DESPROVIDO.

- Em se tratando (a confusão feita sobre o número dos autos processuais) de mera irregularidade, que não tem o condão de trazer qualquer prejuízo para a parte, não se justifica a declaração de nulidade, como quer o agravante, traduzindo-se a solução do problema aqui apresentada no aforismo *pas de nullité sans grief* (não há nulidade sem gravame).

- Relativamente à questão do prazo recursal, a melhor exegese, no caso, é a que se amolda ao posicionamento dos agravados, segundo o qual os prazos processuais não ficaram suspensos no período que vai de 24/03/2008 a 04/04/2008, quando se realizou na Secretaria da 3ª Vara da Fazenda Pública desta Comarca uma inspeção judicial, autorizada pela Portaria nº. 164/2008 da Diretoria do Fórum Clóvis Beviláqua.

- Agravo conhecido, mas desprovido.”

Ora, inexistente no acórdão combatido qualquer obscuridade, omissão ou contradição a ser sanada pelo recurso manejado, eis que foram examinadas com percuciência as circunstâncias da causa, declarando esta egrégia Câmara Cível, de forma precisa, o seu entendimento.

Os embargos declaratórios têm como objetivo, segundo a própria dicção do art. 535 do Código de Processo Civil, o esclarecimento da decisão judicial, sanando-lhe eventual obscuridade ou contradição, ou a integração do julgado, quando for omissivo ponto relevante, sobre o qual se deveria pronunciar o órgão jurisdicional.

Com efeito, o *decisum* impugnado mostra-se claro, isento de contradições e completo acerca das questões trazidas ao conhecimento da Corte, seja no que diz respeito ao seu dispositivo, seja, também, no que tange à fundamentação que lhe dá suporte, não se prestando os embargos para adequar o acórdão atacado ao entendimento do recorrente, ou para servir de veículo ao reexame da matéria, como se identifica *in casu*.

Por outro lado, é certo que não precisa o Órgão Julgador repetir, à exaustão, todos os argumentos trazidos pelas partes, bastando que indique, com clareza, o seu entendimento e os fundamentos que lhe serviram de base, solucionando por completo a controvérsia.

Esse é o posicionamento cristalizado nos Tribunais do país, conforme se vê, exemplificativamente:

“Nos embargos de declaração, o órgão julgador não está obrigado a responder:

- ‘a questionários sobre meros pontos de fato’ (RTJ 103/269). No mesmo sentido: STJ-3ª Turma, AC 4-SP-EDcl, rel. Min. Gueiros Leite, j. 24.4.90, rejeitaram os embargos, DJU 28.5.90, p. 4.370”. (*Apud*, Código de Processo Civil e legislação processual em vigor, Theotônio Negrão e José Roberto Ferreira Gouvêa, 35ª Ed., Saraiva, pág. 592).

“Em suma, ‘o órgão judicial, para expressar a sua convicção, não precisa aduzir comentários sobre todos os argumentos levantados pelas partes. Sua fundamentação pode ser sucinta, pronunciando-se acerca do motivo que, por si só, achou suficiente para a composição do litígio’ (STJ – 1ª Turma, AI 169.073-SP-AgRg, rel. Min. José Delgado, j. 4.6.98, negaram provimento, DJU 17.8.98, p. 44)”.

(Idem).

No mesmo diapasão, RSTJ 148/356, RJTJESP 115/207.

No caso concreto, o Tribunal, apreciando a questão da suposta nulidade decorrente de publicação com número de processo trocado, assim se manifestou, *expressis verbis*:

“...compulsando os autos, o que se vê é que o MM. Juiz ‘a quo’, em um primeiro momento, atendendo à determinação desta Corte, constante de outro agravo de instrumento (no caso, o de nº. 2005.0002.0199-7/0, sob minha relatoria), devolveu o prazo (de trinta dias) para que o Estado pudesse exercer, em sua plenitude, o direito de apelar da sentença proferida nos embargos à execução de que se cuida.

Naquele agravo, o Tribunal chegou ao entendimento de que era preciso devolver *in totum* ao Estado o direito de apelar, tendo em vista a indevida carga dos autos efetivada pela contraparte, quando o prazo era comum, já que se tratava de sentença parcialmente procedente (sucumbência recíproca).

Agora, mais uma vez o Estado se diz prejudicado com a atitude da Secretaria da 3ª Vara da Fazenda Pública de Fortaleza. Alega que ocorreram dois problemas: a) não constou da publicação respectiva o número correto que identificasse os autos dos embargos à execução em apreço; b) a Portaria nº. 164/2008 do Fórum Clóvis Beviláqua não poderia ter estabelecido a prorrogação dos prazos, e sim a sua suspensão, no período em que a dita unidade judiciária ficou sem atendimento ao público para ali se proceder a uma correição.

Pois bem. Aprecie-se o primeiro ponto. De fato, pelo que vê da fl. 673 dos presentes autos, constou da publicação oficial não o número dos embargos à execução (processo nº. 2000.0124.4229-2), mas o da ação ordinária (processo nº. 2000.0080.2297-7/0) de cuja execução se originou os embargos em apreço, muito embora o despacho que devolvesse o prazo para a interposição do apelo tenha sido proferido em sede dos ditos embargos, como não poderia deixar de ser, haja vista que a discussão girava em torno do prazo para eventual recurso contra a sentença dos mesmos embargos, a qual dera por sua parcial procedência. A pergunta a ser feita, então, é a seguinte: esse fato foi essencial para que o Estado deixasse de interpor o recurso apelatório ou para que o fizesse a destempo?

A resposta, sem dúvida alguma, é negativa. Com efeito, está claro que o Estado do Ceará tinha conhecimento de que a publicação de fl. 673 destes autos (correspondente à fl. 568 dos autos primitivos) se referia, sim, aos autos dos embargos, tanto que na petição do apelo (fls. 665/672 destes autos) apenas se fez menção aos termos da Portaria nº. 164/2008 da Diretoria do Fórum Clóvis Beviláqua, para se justificar a tempestividade recursal, não havendo impugnação direta quanto à confusão de números dos processos na aludida publicação.

Trata-se, pois, de mera irregularidade, que não teve o condão de trazer qualquer prejuízo para a parte, razão por que não se justifica a declaração de nulidade, como quer o agravante, traduzindo-se a solução do problema aqui apresentada no aforismo *pas de nullité sans grief* (não há nulidade sem gravame).”

Portanto, a documentação de fls. 665/672 foi, sim, verificada, chegando-se à conclusão de que não houve impugnação direta quanto à confusão de números na aludida publicação, mas apenas um simples comentário sobre o equívoco, à fl. 667, o que se reafirma, aqui, para dizer que o Estado sempre soube que a publicação de fl. 673 se referia aos embargos, daí a não comprovação de prejuízo processual, como ficou bem aclarado no texto do acórdão vergastado.

Por via de consequência, não tem aplicação o disposto nos arts. 214, § 1º; 247 e 248, uma vez que se concluiu pela inexistência de nulidade no caso, tratando-se de mera irregularidade “...que não teve o condão de trazer qualquer prejuízo para a parte...”, como restou ali expresso, sendo despidendo indicar os artigos de lei em apreço para a solução da *quaestio*, como, de qualquer forma, se faz nesta oportunidade.

Assim, pelo que foi expendido, vê-se que a prestação jurisdicional não foi obscura, omissa ou contraditória, valendo-se a parte dos presentes declaratórios como meio de rediscussão da matéria já decidida.

Forte nesses argumentos, conheço dos presentes declaratórios, conquanto tempestivos, para, todavia, rejeitá-los.

Fica, ainda, o ESTADO DO CEARÁ, para logo advertido de que esta Corte não tolerará embargos protelatórios, passando a aplicar, doravante, e assim sucessivamente, a sanção de que trata o parágrafo único do art. 538 da Lei Adjetiva Civil.

É como voto.

Fortaleza, 22 de abril 2009.

Embargos Infringentes

EMBARGOS INFRINGENTES Nº. 2003.0004.1416-1/2

ORIGEM: 27ª VARA CÍVEL

EMBARGANTE(S): TRANSPORTADORA IRMÃOS BEZERRA LTDA

EMBARGADO(S): VITOR OLIVEIRA DE AQUINO E OUTRO

RELATOR: DES. JOSÉ MÁRIO DOS MARTINS COELHO

EMENTA

CIVIL. PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS INFRINGENTES. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E MORAIS. ACIDENTE DECORRENTE DE FALHA DA PRESTAÇÃO DO SERVIÇO PÚBLICO MUNICIPAL. RESPONSABILIDADE CIVIL. TRANSPORTE COLETIVO. MORTE. RESPONSABILIDADE OBJETIVA. ART. 37, § 6º, CF/88. PORTA DE ÔNIBUS QUE ABRE EM MOVIMENTO OCACIONANDO A MORTE DA VÍTIMA. DANO, EVENTO LESIVO E NEXO DE CAUSALIDADE DEVIDAMENTE COMPROVADOS. DECISÃO CAMERÁRIA, QUE REDUZIU O VALOR DE 500 (QUINHENTOS) PARA 300 (TREZENTOS) SALÁRIOS MÍNIMOS, FOI EM CONSONÂNCIA COM A ESTRITA OBSERVÂNCIA AOS PARÂMETROS FIXADOS PARA CASOS ANÁLOGOS DE ACORDO COM OS PRECEDENTES DO STJ, QUAL SE APRESENTA RAZOÁVEL NO CONTEXTO DOS AUTOS. *NEMINE DISCREPANTE.*

I- O serviço de transporte de passageiros constitui serviço público, seja ele internacional, interestadual, intermunicipal ou municipal, por força de norma constitucional expressa, nos termos dos arts. 21, inciso XII, alínea “e”; 25, § 1º e 30, inciso V, todos da Carta Magna, conjugados com o art. 303, da Constituição do Estado do Ceará.

II- A responsabilidade civil objetiva da pessoa jurídica

de direito público titular do serviço, bem assim, da pessoa jurídica de direito privado que o exerce por concessão, permissão ou autorização, pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, nos termos do art. 37, § 6º, da Constituição Federal. Trata-se da responsabilidade objetiva porque independente de culpa ou dolo do agente causador, mas tão somente da existência em si do evento, dado etiológico oriundo da ocorrência do dano e do nexo de causalidade entre um e outro.

III- (...)” Fora de dúvida que uma das questões mais intrincadas e inquietantes da atividade do magistrado no seu múnus de dizer o direito e aplicar a vontade concreta da lei a quem a reclama, desponta na questão da fixação do *quantum* indenizatório, máxime quando se trata de reparação por danos morais, eis que, conquanto demarque a lei alguns critérios objetivos para a sua avaliação, esta, por mais apurada e justa que possa parecer, jamais atingirá a perfeita equivalência entre a lesão sofrida e a reparação desejada. À vista de tais perplexidades, busca-se na *responsa prudentia* dos assentos pretorianos, a adoção de parâmetros encastoados nos critérios emergentes dos princípios da razoabilidade e proporcionalidade, postura largamente aceita na doutrina como forma de indicar um caminho mais seguro ao magistrado para a quantificação do dano moral na entrega da prestação jurisdicional que se lhe requesta. Nesse sentido, convém destacar alguns arestos do eg. Superior Tribunal de Justiça, quando em seu labor diuturno de aplicação do direito federado, estreita similitude com o caso em apreço.

IV– Inaplicabilidade da Lei de Imprensa e do Código de Telecomunicações em ações de indenização alheias às hipóteses previstas nesses regramentos legais. Precedentes do STJ.

V- A quantificação em danos morais, não está adstrita a regras ou limites pré-estabelecidos em lei, sendo baseada no livre convencimento do julgador que deve

sopesar as situações do caso concreto e assim auferir a magnitude da lesão sofrida pela vítima, a qual, aliás, pode variar de pessoa para pessoa, de modo que não provoque o enriquecimento sem causa da parte credora, bem como não estabeleça um valor insignificante de modo a incentivar a conduta ilícita do devedor.

VI – Embargos infringentes conhecidos e providos em parte, para ajustar o valor da reparação aos critérios da proporcionalidade .

ACÓRDÃO

ACORDAM os Desembargadores integrantes das Câmaras Cíveis Reunidas do Egrégio Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, por unanimidade, conhecer do presente recurso para dar-lhe parcial provimento, nos termos do voto do relator.

RELATÓRIO

Vítor Oliveira de Aquino e seu filho menor Josué Davi Vale de Aquino, representado por seu pai acima mencionado, ajuizaram ação indenizatória requerendo a citação da Transportadora Irmãos Bezerra Ltda. – em face de acidente de veículo produzido por automotor dirigido na ocasião do sinistro por preposto da mencionada empresa, ora interpondo os presentes embargos infringentes salientando que, no dia 27/03/98, por volta das 16:30 horas da tarde, data do infortúnio em realce resultou a morte da esposa e mãe dos embargados, Maria Aparecida Queiroz Vale de Aquino, esta com apenas 26 (vinte e seis) anos de idade à do evento danoso. Assevera-se ter sido o acidente decorrente da imperícia do motorista da ré/embargante que de modo imprudente, abriu a porta do veículo quando este ainda se encontrava em movimento, ocasionando a queda de sua passageira hebetada em razão do desastre, com ferimentos mortais na cabeça, porquanto não conseguira traspasar além dos batentes de entrada do ônibus pois a rodonave, naquele ensejo, encontrava-se com excesso de lotação.

Destramando a querela, o magistrado de jurisdição singela julgou parcialmente procedentes os pedidos formulados na exordial condenando a empresa - embargante a:

“(…)

a) Pagar aos autores pensão mensal de 2/3 da renda percebida pela

vítima (um salário mínimo e meio) desde o evento danoso, incluindo-se em tais verbas o 13º salário. Sobre as parcelas vencidas do pensionamento deverão ser acrescidos juros de mora de 6% ao ano, a serem contados, também, do evento danoso devendo ser pagas de uma só vez;

b) incluir os autores na folha de pagamento, por tratar-se de empresa de solvabilidade notória, ficando dispensada da constituição de capital, para garantir o cumprimento da obrigação (nesse sentido Resp nº 119.642 – RJ, DJ 27.4.98).

c) pagar aos autores, a título de indenização por dano moral, a importância equivalente a 500 (quinhentos) salários mínimos na data do pagamento, sendo certo que tal arbitramento foi feito com moderação, haja vista o dano, as condições dos ofendidos e a capacidade econômica do ofensor; (...)" (sic,-fls. 214).

Inconformada, interpôs a ré/embargante recurso de apelação; entretanto, o colegiado cameral por maioria de votos, conferiu parcial provimento à insurgência, para enfim reduzir o valor da condenação estipulado em 500 (quinhentos) salários mínimos para 300 (trezentos) salários mínimos .

Assoma no átimo a empresa embargante abroquelando-se no preceiturário sonante do art. 530 do Repositório Adjetivo Unitário, interpondo os presentes embargos infringentes, ao escopo de revitalizar o voto vencido, em detrimento da decisão da maioria que havia fixado em R\$ 30.000,00 (trinta mil reais) o valor da verba indenizatória.

Eis em angustural síntese, o relatório.

À douta revisão.

O SENHOR DESEMBARGADOR JOSÉ MÁRIO DOS MARTINS COELHO – RELATOR:

Presentes os pressupostos extrínsecos e intrínsecos de admissibilidade do recurso, dele o conhecimento, por adequado e tempestivo.

Consoante já anunciado trata-se de embargos infringentes interpostos pela Transportadora Irmãos Bezerra Ltda, a arrostar acórdão proferido pela 2ª Câmara Cível deste eg. Tribunal de Justiça que, por maioria, deu parcial provimento ao recurso de apelação interposta pela empresa ora embargante para, tão somente, reduzir o valor do *quantum* indenizatório de 500 (quinhentos) para 300 (trezentos) salários mínimos, a título de danos morais.

Na espécie, tem-se ação de indenização por danos materiais e morais

agilitada pelos embargados em decorrência de um acidente de ônibus ocorrido em 27/03/1998, fato este, que veio ocasionar a morte da Sra. Maria Aparecida Queiroz Vale de Aquino, respectivamente esposa e mãe dos recorridos.

Cumprido ter presente, como premissa, que o serviço de transporte de passageiros constitui serviço público, seja ele internacional, interestadual, intermunicipal ou municipal, por força de norma constitucional expressa, nos termos dos arts. 21, inciso XII, alínea “e”; 25, § 1º e 30, inciso V, todos da Carta Magna, conjugados com o art. 303, da Constituição do Estado do Ceará.

A conseqüência jurídica daí decorrente será a responsabilidade civil objetiva da pessoa jurídica de direito público titular do serviço, bem assim, da pessoa jurídica de direito privado que o exerce por concessão, permissão ou autorização, pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, nos termos do art. 37, § 6º, da Constituição Federal. Trata-se da responsabilidade objetiva porque independente de culpa ou dolo do agente causador, mas tão somente da existência em si do evento, dado etiológico oriundo da ocorrência do dano e do nexo de causalidade entre um e outro.

A este respeito predomina a responsabilidade objetiva do transportador, não somente em decorrência de arquétipo instalado na Carta Magna, como também por se enroupar tal hipótese na moldura textualística do preceito esculpido no art. 734 do Digesto civilista em vigor, promulgado como é sabido, pela Lei nº. 10.406, em 10 de janeiro de 2002.

Desse modo, conforme *mui* bem conotado pelo Desembargador Carlos Roberto Gonçalves, em alentada produção jurídica publicada na Coletânea “Novo Código Civil, Questões Controvertidas”, subsumida ao título, “A Responsabilidade Civil Decorrente do Contrato de Transporte”, o artigo 734 do novo diploma manteve a responsabilidade objetiva do transportador pelos danos causados às pessoas transportadas e suas bagagens, (1) e salvo motivo de força maior, proibindo qualquer cláusula de não indenizar. Aclara ainda, o percuciente jurista, Desembargador do Tribunal de Justiça da Paulicéia e Mestre em Direito Civil pela P.U.C, *verbis*:

“Considerando que em outros dispositivos o Código refere-se conjuntamente ao caso fortuito e à força maior, pode-se inferir da leitura do aludido [preceito] que o fato de ter sido mencionada somente a força maior, revela a intenção do legislador de considerar como excludente da responsabilidade do transportador somente os acontecimentos naturais.”(2)

1) Destaca o autor citado a distinção que há muito a jurisprudência dos Tribunais vinha glosando com base na dissemelhança existente

entre o *fortuito interno* (*fato da pessoa ou coisa, a eles ligado*) e o *fortuito externo*, que a *CIVIL LAW dos ingleses rotula de ACT OF GOD*.

2) Somente o *fortuito externo*, i.e. a força maior, como causa ligada à natureza, o *INTERITUS*, poderá influir como causa excludente da responsabilidade em matéria de acidentes de veículos.

Confira-se, acerca do tema ora posto em tablado, recente aresto do Excelso Pretório: *ut litteris*:

EMENTA: CONSTITUCIONAL. ADMINIS-TRATIVO. CIVIL. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO: RESPONSABILIDADE OBJETIVA, PESSOAS JURÍDICAS DE DIREITO PRIVADO PRESTADORAS DE SERVIÇO PÚBLICO. CONCESSIONÁRIO OU PERMISSIONÁRIO DO SERVIÇO DE TRANSPORTE COLETIVO. C.F., ART. 37, § 6º.

I – A responsabilidade civil das pessoas jurídicas de direito privado prestadoras de serviço público é objetiva relativamente aos usuários do serviço, não se estendendo a pessoas outras que não ostentem a condição de usuário. Exegese do art. 37, § 6º, da II – R.E. conhecido e provido.

II – R.E. conhecido e provido.(RE 262.651-SP, Rel. Min. Carlos Velloso, Segunda Turma, Maioria, DJ 06.05.2005).

Na espécie *sub hypothesis*, restou demonstrada a relação de causalidade entre o acidente produzido e a lesividade que em consequência de tal fato atingiu a Sra. Maria Aparecida Queiroz Vale de Aquino, vindo esta a falecer por traumatismo craniano em decorrência da abertura da porta do ônibus quando aquele veículo ainda se achava em movimento.

A essa certeza se alcança ante o cotejo do depoimento da testemunha Sílvia Maria Teixeira Sousa que assim o descreve

“(…) Que a traseira do referido ônibus estava tumultuada, pois na parada onde a depoente e a vítima APARECIDA subiram, entrou muita gente no ônibus (…)”.

“(…) Que pouco antes de chegar na parada de ônibus seguinte (sic), alguém na Rua deu sinal para que o motorista parasse e este parou, abriu a porta traseira com o ônibus ainda em movimento e a APARECIDA, que estava próximo à porta, esperando que vagasse

para passar na roleta, caiu para fora do ônibus, ficando deitada no chão, desmaiada; (...)" (sic - fl. 34).

A responsabilidade da embargante, exsurge, deste modo, altaneira, resguardado o direito à reparação civil da embargada sob a indene coraça de quem se posta ante a prova ineludível do processo coligida nestes autos, como alguém irremediavelmente hebetado pelo dano sofrido.

Atento e a tanto, cabe reproduzir na presentaneidade da matéria em exame, as proficientes assertivas contidas na preleção de Miguel Maria de Serpa Lopes acerca do início da responsabilidade no contrato de transporte de pessoas, aqui reproduzidas, as quais repercutem desafiando o tempo, por sua indiscutível atualidade, *verbo ad verbo*:

“A partir do momento em que um indivíduo acena para um veículo de transporte público, já o contrato teve início, diante da oferta permanente em que se encontra o veículo em trânsito. A responsabilidade pela integridade da pessoa do passageiro só se inicia, porém a partir do momento em que esse mesmo passageiro incide na esfera da direção do transportador e galgar o veículo já o faz entrar na esfera da obrigação da garantia”. (*In Curso de Direito Civil*, p. 60 Ed. Freitas Bastos, op. cit. Passim)

Com efeito, não pode prosperar a argumentação da embargante em relação à aplicação analógica da Lei de Imprensa e do Código de Telecomunicações, que fixam, em 100 (cem) salários mínimos, o valor da reparação em danos morais.

Por seu turno, a jurisprudência dos mais altos pretórios nacionais, notadamente a que repousa no assentimento firmado pelo Colendo Superior Tribunal de Justiça, vem entendendo não ser possível a utilização da Lei de Imprensa ou do Código de Telecomunicações às hipóteses não delineadas pelas mencionadas normas, consoante se extrai do seguinte julgado, *in verbis*:

RECURSO ESPECIAL. RESPONSABILIDADE CIVIL. DANO MORAL. VIOLAÇÃO DO ARTIGO 535 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. INOCORRÊNCIA. DECURSO DE LAPSO TEMPORAL. PRESENÇA DO DEVER DE INDENIZAR. REDUÇÃO DO VALOR INDENIZATÓRIO. SÚMULA 7/STJ. PARÂMETROS DO CÓDIGO BRASILEIRO DE TELECOMUNICAÇÕES. INAPLICABILIDADE. JUROS

MORATÓRIOS. SÚMULA 54/STJ. RECURSO NÃO CONHECIDO.

(...) 4. Pacífico o entendimento deste Superior Tribunal de Justiça no sentido de que o montante arbitrado a título de danos morais não esta adstrito aos valores estipulados pelo Código Brasileiro de Telecomunicações. (STJ. Resp 651088. Rel. Ministro HÉLIO QUAGLIA BARBOSA. DJ 21/05/2007 p. 583).

No caso *sub ocellis*, inexistindo qualquer liame ou analogia da matéria destramada com a Lei de Imprensa e tampouco com o Código de Telecomunicações, não se mostra cabível a limitação do valor de reparação em danos morais sofrido pelos embargados nos termos delineados pelos aludidos dispositivos legais.

Relativamente à quantificação em danos morais, não está sua adoção adstrita a regras ou limites pré-estabelecidos em lei, mui ao reverso, busca-se conforto neste tocante no princípio do livre convencimento do julgador que deve sopesar e presidir as situações do caso concreto que se lhe antolha, e assim auferir a magnitude da lesão sofrida pela vítima, a ressumar variável de forma distinta em cada casuística de modo a não conduzir ao enriquecimento sem causa da parte credora, bem como não se admitindo se estabeleça um valor insignificante de modo a incentivar a conduta ilícita do devedor.

Sucede, no caso sob enfoque que a maioria dos Desembargadores integrantes da 2ª Câmara Cível desta Corte houve por bem reduzir o valor inicialmente estipulado em 500 (quinhentos) salários mínimos para o importe de 300 (trezentos) salários mínimos, por entendê-lo deveras exagerado.

Portanto, não há de redourar qualquer óbice em se promover a correção da vultosa indenização arbitrada no juízo de primeiro grau, mormente se considerarmos já ter sido a matéria anteriormente objeto de recurso da parte condenada à sua satisfação.

Fora de dúvida que uma das questões mais intrincadas e inquietantes da atividade do magistrado no seu *múnus* de dizer o direito e aplicar a vontade concreta da lei a quem a reclama, desponta na questão da fixação do *quantum* indenizatório, máxime quando se trata de reparação por danos morais, eis que conquanto demarque a lei alguns critérios objetivos para a sua avaliação, esta, por mais apurada e justa que possa parecer, jamais atingirá a perfeita equivalência entre a lesão sofrida e a reparação desejada.

À vista de tais perplexidades, busca-se na *responsa prudentia* dos assentos pretorianos, a adoção de parâmetros encastoados nos critérios emergentes dos princípios da razoabilidade e proporcionalidade, postura largamente

aceita na doutrina como forma de indicar um caminho mais seguro ao magistrado para a quantificação do dano moral na entrega da prestação jurisdicional que se lhe requesta.

Nesse sentido, convém destacar alguns arestos do eg. Superior Tribunal de Justiça, quando em seu labor diuturno de aplicação do direito federado, estreita similitude com o caso em apreço.

PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. PREQUESTIONAMENTO IMPLÍCITO. POSSIBILIDADE. VIOLAÇÃO DO ARTIGO 186 DO CÓDIGO CIVIL BRASILEIRO. RESPONSABILIDADE CIVIL OBJETIVA. PLEITO DE DANOS MATERIAIS E MORAIS. MORTE EM DECORRÊNCIA DE COLISÃO DE ÔNIBUS ESCOLAR COM TREM. VÍTIMA MENOR DE IDADE. PASSAGEIRO DO COLETIVO. CABIMENTO DA INDENIZAÇÃO. MAJORAÇÃO DO *QUANTUM* FIXADO POR DANOS MORAIS/MATERIAIS.

(...)

5. Em face dos princípios de moderação e razoabilidade deve ser majorado o *quantum* fixado a título de indenização por danos morais pela instância *a quo*, porquanto aquém dos parâmetros adotados pela jurisprudência desta Corte em hipóteses semelhantes.

6. O E.STJ, em hipóteses análogas tem fixado o dano moral em 300 salários mínimos para cada genitor. Precedentes: REsp 427569/SP DJ 02.08.2006; REsp 721091/SP DJ 01.02.2006; REsp 236066/SP DJ 03.11.2003.

7. Recurso Especial provido, para fixar a indenização no valor de 300 (trezentos) salários-mínimos para cada recorrente. (STJ. Resp. 799939. Rel. Ministro Luiz Fux. DJ 30/08/2007 p. 217).

ADMINISTRATIVO E PROCESSO CIVIL. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. SÚMULAS N. 282 E 356/STF. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. MORTE DE FILHO MENOR. PENSÃO ALIMENTÍCIA. CABIMENTO. DANO MORAL. INDENIZAÇÃO. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. SÚMULA N. 7/STJ.

(...)

4. A fixação do *quantum* indenizatório a título de dano moral no patamar de 300 (trezentos) salários mínimos não se apresenta ausente de razoabilidade diante do quadro fático prontamente delineado nos autos, qual seja, o falecimento do filho menor da autora em decorrência de queda de trilho de ferro sobre sua cabeça durante excursão em Academia de Polícia Militar. (...) (STJ. Resp. 427569. Rel. Ministro João Otávio de Noronha. DJ 02/08/2006 p. 234).

Ainda:

EMENTA - PROCESSO CIVIL - AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO DE INSTRUMENTO - ATROPELAMENTO COM RESULTADO MORTE - AÇÃO INDENIZATÓRIA - TRANSAÇÃO EXTRAJUDICIAL CELEBRADA PELO PAI EM NOME DOS FILHOS MENORES - ATO QUE EXTRAPOLA A SIMPLES GERÊNCIA E ADMINISTRAÇÃO DO PATRIMÔNIO - NECESSIDADE DE AUTORIZAÇÃO JUDICIAL E INTERVENÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO - CULPA DO RECORRENTE ATESTADA PELO TRIBUNAL DE ORIGEM - IMPOSSIBILIDADE DE REEXAME DE QUESTÕES FÁTICAS - INCIDÊNCIA DA SÚMULA 07/STJ - *QUANTUM* INDENIZATÓRIO RAZOAVELMENTE ATRIBUÍDO À ESPÉCIE - AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO - DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL NÃO DEMONSTRADA CORRETAMENTE - AGRAVO IMPROVIDO. (STJ. AgRg no Ag 742886. Rel. Ministro Massami Uyeda. DJ 03/12/2007 p. 314).

Do voto do Min. Massami Uyeda proferido nesse julgado extrai-se a seguinte passagem:

“*In casu*, oportuno observar-se o seguinte precedente da augusta Corte de uniformização jurisprudencial, da lavra do eminente Ministro ALDIR PASSARINHO JÚNIOR, que assim já decidiu: “O ‘quantum’ fixado a título de dano moral, orçado em 300 salários-mínimos, não se revela abusivo, de modo a justificar a excepcional intervenção do STJ a respeito, inexistente a violação ao art. 5º da LICC. Segundo os fatos apurados nos autos, o motorista, em

manobra infeliz, colheu a vítima, criança de nove anos à época, que se postava na calçada de via pública, no aguardo do melhor momento para atravessá-la, provocando-lhe traumatismo crânio-encefálico, e lesões outras de caráter permanente. Daí, o valor arbitrado não foi absurdo, colocando-se de acordo com os parâmetros da causa” (REsp 332165 / RJ, DJ de 26.08.2002).

Assim, tratando-se de atropelamento com resultado morte, considerando-se a gravidade e as peculiaridades do caso, bem como os padrões adotados por esta col. Turma na fixação do *quantum* indenizatório a título de danos morais, observa-se que o valor encontrado pelo Tribunal *a quo* – 300 salários-mínimos, sendo 100 salários-mínimos para cada um dos autores da ação indenizatória - não se demonstra exagerado a ponto de admitir a intervenção excepcionalíssima desse egrégio Superior Tribunal.”

A decisão sob enfoque constitui, deste modo, adequado referencial, utilizado em se tratando de razoável aferição do *quantum* indenizatório sufragado na lide, porquanto se ateve ela à orientação predominante consagrada em julgados de proa do Col. Superior Tribunal de Justiça, demonstrando-se pelos acertos das proposições ensartadas em seu bojo, que o valor impugnado pela embargante não há de aparentar de modo tão desproporcional para o equilíbrio do conflito de interesses aflorado com o litígio ora composto.

Firme em tais pressupostos e de conformidade com as razões aqui expositadas, conheço dos presentes embargos infringentes, por tempestivos, e dou-lhes parcial provimento, ao fito de reduzir o *quantum* indenizatório para a importância de R\$ 83.000 (oitenta e três mil reais) adequando este valor à realidade dos fatos, atento, assim ao princípio da proporcionalidade, notadamente quando se rende ensejo a moderno posicionamento do Eg. Superior Tribunal de Justiça, a desautorizar em casos que tais, o referencial de salário mínimo na fixação da reparação civil, mantendo no mais, o acórdão verberado, por seus próprios fundamentos.

É como voto.

Fortaleza, 27 de maio de 2008.

Habeas Corpus Cível

HABEAS CORPUS DE RUSSAS Nº 2008.0022.9640-0/0
RELATOR: DES. RÔMULO MOREIRA DE DEUS
IMPETRANTE: ELIZABETH APARECIDA ZIBORDI
PACIENTE: MARIA HELENA MITIKO HASSUNUMA
IMPETRADO: JUIZ DE DIREITO DA VARA ÚNICA DA COMARCA DE
RUSSAS

**HABEAS CORPUS. DEPOSITÁRIO
JUDICIAL. PRISÃO CIVIL. AUSÊNCIA DE
FUNDAMENTAÇÃO. NULIDADE. PACTO DE
SÃO JOSÉ DA COSTA RICA. PRIVAÇÃO DE
LIBERDADE POR DÍVIDA. IMPOSSI-
BILIDADE.**

1. O ordenamento constitucional privilegia o princípio da motivação das decisões judiciais como forma de resguardar o direito à liberdade, evitando que o livre convencimento do juiz possa gerar decisões arbitrárias. A falta de fundamentação, especialmente nas ordens de prisão, é vício de tamanha gravidade que o constituinte lhe impôs a pena de nulidade. (art. 5º, LXI, e art. 93, IX, CF/88)
2. Por outro lado, a Excelsa Corte, recentemente, passou a reconhecer o Pacto de São José da Costa Rica como norma supralegal proibitiva da prisão civil por dívida (Recursos Extraordinários 349.703 e 466.343 e Habeas Corpus 87.585 e 92.566).
3. Precedentes do STF e do STJ.
4. Ordem concedida.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Desembargadores integrantes da Terceira Câmara Cível do Tribunal de Justiça

do Estado do Ceará, na conformidade da ata de julgamento, por deliberação unânime, em conceder a ordem de *habeas corpus*, nos termos do voto do Relator.

Fortaleza, 22 de junho de 2009.

RELATÓRIO

Trata-se de *Habeas Corpus* Cível preventivo, com pedido de liminar, impetrado por ELIZABETH APARECIDA ZIBORDI em favor de MARIA HELENA MITIKO HASSUNUMA, adversando a decisão do Juiz de Direito da Vara Única da Comarca de Russas que, em sede de execução judicial, decretou a prisão da Paciente por considerá-la depositária infiel.

Alega a Impetrante, em síntese, que:

a) o encargo de depositário dos bens penhorados foi posteriormente assumido pelo marido da Paciente, sócio majoritário da empresa executada, não tendo o Magistrado levado tal fato em consideração ao decretar a sua prisão;

b) muitos dos bens penhorados (tubos de alumínio) deterioraram-se, motivo pelo qual a Empresa executada pediu a sua substituição, o que foi injustificadamente indeferido pelo Juiz impetrado;

c) o decreto de prisão se deu sem a prévia intimação da Paciente, em afronta ao devido processo legal;

d) não mais é permitida em nosso ordenamento jurídico a prisão civil, exceto a decorrente do inadimplemento de alimentos.

O eminente Des. José Arísio Lopes da Costa, então relator do feito, concedeu salvo conduto à Paciente por vislumbrar carência de fundamentação no decreto de prisão (f. 254-256).

O Juízo a quo prestou informações (f. 258-260).

A Procuradoria Geral da Justiça ofertou parecer no sentido da concessão da ordem, por entender incabível a prisão civil do depositário infiel (f. 271-274).

É o relatório.

O *habeas corpus* deve ser deferido.

O ordenamento constitucional privilegia o princípio da motivação das decisões judiciais como forma de resguardar o direito à liberdade, evitando que o livre convencimento do juiz possa gerar decisões arbitrárias.

A falta de fundamentação, especialmente nas ordens de prisão, é vício de tamanha gravidade, que o constituinte lhe impôs a pena de nulidade. (art. 5º, LXI, e art. 93, IX, CF/88)

No entanto, como bem observou o douto Des. José Arísio Lopes da Costa, o lacônico decreto prisional deixou de atender ao comando Constitucional, quedando-se irremediavelmente nulo. Esse é o seu inteiro:

“R.h. Tendo em vista a certidão supra, bem como o silêncio da depositária infiel, Maria Helena Mitiko Hassunumo, decreto-lhe a prisão civil, nos moldes do art. 904, parágrafo único do C.P.C. Expeça-se mandado respectivo, com cópia a delegacia de capturas de Fortaleza-CE.”

Por outro lado, o Estado Brasileiro é signatário de dois pactos internacionais que vedam, expressamente, a privação de liberdade como instrumento coercitivo de cumprimento de obrigação civil.

O de maior relevância ao tema, é o denominado Pacto de São José da Costa Rica, inserido no direito positivo interno pelo Dec. Executivo nº 92, de 06.07.1992. Dispõe o referido pacto, em seu art. 7, nº 7, *verbis*:

“Ninguém será detido por dívidas: este princípio não limita os mandados de autoridade judiciária competente expedidos em virtude de inadimplemento de obrigação alimentar.”

Dissipando a divergência existente a respeito da recepção da referida norma de Direito Internacional pelo nosso Ordenamento Jurídico, a Excelsa Corte, recentemente, passou a reconhecer o Pacto de São José da Costa Rica como norma supralegal proibitiva da prisão civil por dívida, conforme se infere do seguinte aresto:

“HABEAS CORPUS. SALVO-CONDUTO. PRISÃO CIVIL. DEPOSITÁRIO JUDICIAL. DÍVIDA DE CARÁTER NÃO ALIMENTAR. IMPOSSIBILIDADE. ORDEM CONCEDIDA. 1. O Plenário do Supremo Tribunal Federal firmou a orientação de que só é possível a prisão civil do “responsável pelo inadimplemento voluntário e inescusável de obrigação alimentícia” (inciso LXVII do art. 5º da CF/88). Precedentes: HCs 87.585 e 92.566, da relatoria do ministro Marco Aurélio. 2. A norma que se extrai do inciso LXVII do artigo 5º da Constituição Federal é de eficácia restringível. Pelo que as duas exceções nela contidas podem ser apontadas por lei, quebrantando, assim, a força protetora da proibição, como regra geral, da prisão civil por dívida. 3. O Pacto de San José da Costa Rica (ratificado pelo Brasil - Decreto 678 de 6 de novembro de 1992), para valer como norma jurídica interna do Brasil, há de ter como fundamento de validade o § 2º do artigo 5º da Magna Carta. A se contrapor, então, a qualquer norma ordinária originariamente brasileira que preveja a prisão civil por dívida. Noutros termos: o Pacto de San José da Costa Rica, passando a ter como fundamento de validade o § 2º do art. 5º da CF/88, prevalece como norma supralegal em nossa ordem jurídica interna e, assim, proíbe a prisão civil por dívida. Não é norma constitucional — à falta do rito exigido pelo § 3º do art. 5º —, mas a sua hierarquia intermediária de norma supralegal autoriza afastar regra ordinária brasileira que possibilite a prisão civil por dívida. 4. No caso, o paciente corre o risco de ver contra si expedido mandado prisional por se encontrar na situação de infiel depositário judicial. 5. Ordem concedida. (HC 94013, Relator(a): Min. CARLOS BRITTO, Primeira Turma, julgado em 10/02/2009, DJe-048 DIVULG 12-03-2009 PUBLIC 13-03-2009 EMENT VOL-02352-02 PP-00267)

No mesmo diapasão, o posicionamento do Superior Tribunal de Justiça:

“HABEAS CORPUS. PRISÃO CIVIL DO DEPOSITÁRIO INFIEL. INADMISSIBILIDADE. RECENTE ALTERAÇÃO NA JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL SOBRE O TEMA. PACTO DE SAN JOSÉ DA COSTA RICA: STATUS SUPRALEGAL. REVOGAÇÃO DA SÚMULA 619 DO STF. RECURSO ORDINÁRIO PROVIDO. ORDEM CONCEDIDA. 1. Alteração da jurisprudência da Suprema Corte (Recursos Extraordinários 349.703 e 466.343 e Habeas Corpus 87.585 e 92.566), reconhecendo o Pacto de San José da Costa Rica como norma supralegal proibitiva da prisão civil por dívida. 2. A prisão do depositário infiel é questão constitucional relevante, de repercussão geral reconhecida pela Suprema Corte (RE 562.051 RG). 3. Conseqüente revogação da Súmula 619 do STF, com o seguinte teor: A prisão do depositário judicial pode ser decretada no próprio processo em que se constituiu o encargo, independentemente da propositura de ação de depósito. 4. O Superior Tribunal de Justiça vem prestigiando o entendimento da Suprema Corte - precedentes. 5. Recurso ordinário provido. Ordem concedida.” (RHC 25.786/MT, Rel. Ministro PAULO FURTADO (Desembargador convocado do TJ/Ba), TERCEIRA TURMA, julgado em 19/05/2009, DJe 04/06/2009)

Sendo assim, em face da carência de fundamentação do decreto de prisão, bem como da impossibilidade de prisão civil do infiel depositário, concedo a ordem pretendida, confirmando o salvo conduto liminarmente deferido.

Fortaleza, 22 de junho de 2009

Reclamação Cível

PROCESSO Nº 2008.0035.0166-0/0.

TIPO DE AÇÃO: RECLAMAÇÃO CÍVEL.

RECLAMANTE: FAZENDA PÚBLICA DO MUNICÍPIO DE FORTALEZA.

RECLAMADO: JUIZ DE DIREITO DA 4ª VARA DE EXECUÇÕES FISCAIS.

RELATOR: DESEMBARGADOR FRANCISCO SALES NETO.

ÓRGÃO JULGADOR: 1ª CÂMARA CÍVEL.

RECLAMAÇÃO CÍVEL. EMENDA A PETIÇÃO INICIAL DE EXECUÇÃO FISCAL. DECISÃO QUE DETERMINA A EXCLUSÃO DE PARTE DO DÉBITO TRIBUTÁRIO EM FACE DA PRESCRIÇÃO. CONTEÚDO DECISÓRIO EVIDENTE. DECISÃO JUDICIAL QUE ENFRENTA RECURSO PRÓPRIO. RECLAMAÇÃO NÃO CONHECIDA.

I - Consoante expressa dicção do Art. 238 do Regimento Interno desta Egrégia Corte, a Reclamação em face de decisão judicial de juízo de 1º Grau encerra contornos limitadíssimos, constituindo-se como meio especial de impugnação de decisão irrecorrível, cujo remédio, na própria proposição regimental, restringe-se ao chamamento do feito à ordem para fins de afastamento de vício de ordem procedimental;

II - Hipótese em que o cerne da pretensão do ente político reclamante, substanciada na discussão a respeito da prescrição tributária reconhecida no despacho hostilizado, transborda, por seus ditames, as limitações regimentais atribuídas à espécie procedimental utilizada pelo ente público reclamante;

III - Reclamação não conhecida.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de Reclamação Cível nº 2008.0035.0166-0/0, em que figuram as partes acima aludidas, **ACORDAM** os Desembargadores integrantes da Turma Julgadora da 1ª Câmara

Cível do Egrégio Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, por unanimidade de votos, em julgar improcedente a presente reclamação, nos termos do voto do Relator.

RELATÓRIO

Cuida-se de Reclamação Cível interposta pela Fazenda Pública de Fortaleza, com vistas ao reexame de despacho da lavra do MM. Juiz de Direito da 4ª Vara de Execuções Fiscais desta comarca, cujo conteúdo passo a transcrever:

“A inicial não preenche os requisitos exigidos no art. 616, do CPC. A(s) certidão(ões) que acompanha(m) a inicial abrange(m) o período de 2003, já prescrito, e períodos não prescritos. Em face do exposto, chamo o feito à ordem, e nos termos do art. 616 do CPC, determino que a exequente corrija a inicial e substitua o(s) título(s) executivo(s), no prazo de 10 (dez) dias sob pena de ser indeferida.”

Aduz em seu prola não prescrição do crédito tributário de IPTU relativo ao exercício financeiro de 2003, haja vista que o seu prazo de fluência somente se iniciou quando da definitiva constituição do crédito tributário, o que, segundo seu entendimento, ocorreu no momento em que surgiu, para o fisco, o direito de demandar ação judicial por conta do inadimplemento do devedor. Ainda de acordo com a Fazenda Pública Municipal, o prazo prescricional do tributo em questão só se iniciaria em 1º de janeiro de 2004.

Requer, por fim, que seja determinado o chamamento do feito à ordem, para que seja reconhecido o seu direito de cobrar o crédito tributário de IPTU em relação ao exercício de 2003, dada a inoccorrência da prescrição, no presente caso.

Notificado para oferta de suas informações, o magistrado reclamado, às fls. 25/26, sustenta que o Imposto Territorial Urbano é lançado, de ofício, no início de cada ano ou exercício. Argumenta, mais, que uma vez constituído o crédito, o contribuinte é notificado para adimplir sua obrigação, sendo este o termo inicial para a contagem do prazo prescricional. Tendo sido a ação de execução fiscal ajuizada no dia 14 de julho de 2008, restava exaurido o lapso prescricional de 5 (cinco) anos a que se refere o art. 174 do Código Tributário Nacional.

É o breve *relatus*.

Sem revisão, na forma do Art. 34, § 3º, do Regimento Interno deste Tribunal.

Adiante, meu posicionamento.

VOTO

Da compulsão dos autos, verifico que a decisão hostilizada, a despeito do seu laconismo, transborda, por seus ditames, as limitações regimentais atribuídas à espécie procedimental utilizada pelo ente público reclamante.

Na hipótese, consoante expressa dicção do Art. 238 do Regimento Interno desta Egrégia Corte, a Reclamação em face de decisão judicial de juízo de 1º Grau encerra contornos limitadíssimos, constituindo-se como meio especial de impugnação de decisão irrecorrível, cujo remédio, na própria proposição regimental, restringe-se ao chamamento do feito à ordem para fins de afastamento de vício de ordem procedimental.

No entanto, consoante se vê da instrução em testilha, o cerne da pretensão do ente político reclamante substancia discussão a respeito da prescrição tributária reconhecida no despacho hostilizado.

Nesse particular, tenho que a determinação judicial assacada, ao reconhecer a prescrição de parte do crédito tributário executado pelo Município reclamante importou efetivo juízo de valor sobre a causa, traduzindo, na hipótese, conteúdo decisório capaz de desafiar a interposição de recurso próprio.

Neste sentido, os seguintes arestos:

PROCESSUAL CIVIL - TRIBUTÁRIO - EXECUÇÃO FISCAL - DÍVIDA ATIVA - EMENDA DA INICIAL - CONTEÚDO DECISÓRIO - AGRAVO DE INSTRUMENTO - CABIMENTO - DESNECESSIDADE DE APRESENTAÇÃO DE DEMONSTRATIVO DO DÉBITO - DISCIPLINA PRÓPRIA DA EXECUÇÃO FISCAL - LEIN. 6.830/80. 1. Não houve violação do art. 535 do CPC, pois a prestação jurisdicional foi dada na medida da pretensão deduzida, conforme se depreende da análise do acórdão recorrido. 2. Ao disposto no artigo 614, nota-se que a discussão decorre da decisão que determinou à exeqüente, ora recorrente, que emendasse a inicial para explicar a considerável diferença entre os valores constantes nas CDAs e o valor constante na exordial. 3. *A orientação desta Corte é no sentido de que a decisão que determina a emenda da inicial, mediante a apresentação do demonstrativo de débito pela autora, possui caráter interlocutório que desafia agravo de instrumento. Agravo*

regimental improvido. (AgRg no REsp 1053201/RJ, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 02/09/2008, DJe 19/09/2008)

PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. EMENDA DA INICIAL. EXECUÇÃO FISCAL. CONTEÚDO DECISÓRIO. GRAVAME À EXEQÜENTE. IMPUGNAÇÃO POR AGRAVO DE INSTRUMENTO. ART. 522 DO CPC. CABIMENTO. 1.

Os atos jurídicos praticados pelo juiz consubstanciam-se dentre outros em sentenças, decisões interlocutórias e despachos. Estes últimos, quando assumem a natureza de despachos de mero expediente, ou seja, aqueles que apenas impulsionam a marcha processual, sem prejudicar ou favorecer qualquer das partes, não são suscetíveis de impugnação por recurso. **2. A decisão do juízo singular, determinando à exeqüente que compatibilize o valor constante da inicial com os valores insertos na CDA, ultrapassa os limites do mero impulso oficial, revelando o potencial de ensejar prejuízos à parte, por isso perfeitamente admissível sua impugnação pela via recursal do agravo de instrumento** (Precedentes: REsp n.º 891.671/ES, Rel. Min. Castro Meira, DJU de 15/03/2007; e REsp n.º 907.303/ES, Rel. Mi. José Delgado, DJU de 13/08/2007). **3. Mutatis mutandis**, a situação assemelha-se à do REsp 302.266-SC, na qual assentou-se: “O despacho de emenda da petição inicial é irrecurável. Contudo, no caso, diante da negativa de seguimento de agravo de instrumento interposto da decisão de ofício que determinou a emenda da petição inicial da execução para que o recorrente apresentasse novo demonstrativo de débito, avançou o limite do simples impulso processual e o impedimento do uso da via recursal implica violação do preceito do art. 162, § 2º, do CPC” (Rel. Min. Nancy Andrighi, DJU de 18/02/02). **4. Recurso especial provido.** (REsp 891.280/ES, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA TURMA, julgado em 15/05/2008, DJe 04/08/2008).

Por esse cotejo, afigura-se como impossível a admissão da presente reclamação nos moldes propostos pela Municipalidade irresignada, posicionamento que adoto, vale destacar, com fundamento nos seguintes precedentes desse Egrégio Tribunal de Justiça, *verbis*:

Ementa: **RECLAMAÇÃO CIVIL. EMENDA DA INICIAL. EXECUÇÃO FISCAL. EXCLUSÃO DE PARTE DO DÉBITO SOB A ASSERTIVA DA INCLUSÃO DE PERÍODO PRESCRITO EM CDA. CONTEÚDO DECISÓRIO. EVIDENTE PREJUÍZO. NATUREZA JURÍDICA. RECURSO ADEQUADO.** *A decisão judicial que determina a emenda à inicial, com o fim de excluir da certidão da dívida ativa período considerado prescrito, tem evidente cunho decisório, descaracterizando tratar-se de despacho de mero expediente, posto que acarreta flagrante prejuízo ao exequente, sendo atacável, de conseguinte, por meio de agravo, mormente quando a pretensão deduzida é exatamente de reverter o entendimento externado pelo juízo de origem, de modo a não ser reconhecida a alegada prescrição. Reclamação não recebida.* (TJCE. Recl. nº 2008.0035.0653-0. 4ª Câmara Cível. Rel. Des. LINCOLN TAVARES DANTAS. DJ 25.02.2009)

Ementa: **RECLAMAÇÃO. REGIMENTO INTERNO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO CEARÁ.** *1. Diante de atenta interpretação do art. 238 do RITJ/CE, é possível afirmar que a reclamação, conforme criação deste regimento interno, é instituto que visa à impugnação frente a este tribunal com relação a atos irrecorríveis, emanados de juízes de 1º grau, que importem inversão da ordem legal do processo, ou resultem de erro de ofício, ou abuso de poder. 2. Desse modo, não se empresta cognição a reclamação quando ela é interposta visando unicamente a reforma de decisão monocrática.* (TJCE. Recl. nº 2007.0003.8519-9/0. 1ª Câmara Cível. Rel. Des. Ernani Barreira Porto. J. Em 20.10.2008)

Por todo o exposto hei por bem **NÃO CONHECER** da presente reclamação, por total impropriedade da via eleita.

É como voto.

Fortaleza, 16 de março de 2009.

Jurisprudência Criminal

Apelação Crime

Nº 2000.0202.7069-1/1 APELAÇÃO CRIME
COMARCA: PALMÁCIA
APELANTE: REP. DO MINISTÉRIO PÚBLICO
APELADO: JOSÉ VALDECI CAETANO DA SILVA
RELATOR: DES. EYMARD DE AMOREIRA

EMENTA: RECURSO DE APELAÇÃO CRIMINAL – ABANDONO MATERIAL – AUSÊNCIA DE PROVA DO ELEMENTO SUBJETIVO – ABSOLVIÇÃO – DECISÃO MANTIDA.

1. Para a configuração do abandono material é imprescindível a caracterização do dolo como elemento subjetivo do tipo.
2. Na hipótese, não obstante as provas coligidas nos autos autorizem afirmar a existência dos elementos objetivos do crime, não se pode dizer o mesmo quanto seu aspecto subjetivo, já que o apelado é vítima do alcoolismo, que lhe consome a saúde física, emocional, financeira, sua dignidade humana, tirando-lhe, enfim, a capacidade de dirigir sua própria vida.
3. Apelo improvido.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de apelação crime nº 2000.0202.7069-1/1, de Palmácia, em que é apelante o representante do Ministério Público e apelado José Valdeci Caetano da Silva.

Acorda a Turma, por unanimidade de votos, em conhecer do apelo, mas para lhe negar provimento, nos termos do voto do Relator.

O representante do Ministério Público, com ofício na comarca de Palmácia, interpôs o presente apelo contra decisão do Juízo da Vara Única daquele município, que absolveu José Valdeci Caetano da Silva, qualificado nos autos, da denúncia de infração ao art. 244 do Código Penal, por deixar de prover a subsistência dos (04) quatro filhos que teve com sua ex-companheira Francisca Carla do Nascimento.

Inconformado com a decisão absolutória de fls. 80/84, o representante do Ministério Público apelou às fls. 90/94, pugnando pela condenação do apelado.

Em sede de contra-razões, o apelado, às fls. 97/98, defende a manutenção do *decisum* sob argumentação de que o crime fora perpetrado de

forma involuntária, inexistindo, portanto, o elemento subjetivo do tipo, qual seja, o dolo.

Em seu parecer, às fls. 107/111, o douto representante da Procuradoria Geral de Justiça se manifesta pelo improvimento do apelo.

Eis o relatório.

Trata-se de recurso de apelação interposto pelo representante do Ministério Público ante sua inconformação com a decisão que absolveu José Valdeci Caetano da Silva da acusação de abandono material de seus 04 (quatro) filhos menores. Afirma em suas razões que, na hipótese, encontram-se presentes os elementos autorizadores para a condenação, já que a autoria e a materialidade do crime encontram-se incontestes. Aduz, ainda, que à época do crime o apelado preferiu gastar sua renda “para alimentar o vício com bebida alcoólica” e que sua absolvição conduziria à impunidade.

Observe-se, no entanto, que para configurar a ocorrência do crime capitulado no art. 244 do Código Penal, faz-se necessário a existência dos elementos objetivos e subjetivos do tipo.

Na hipótese, não obstante as provas coligidas nos autos autorizem afirmar a existência dos elementos objetivos do crime, não se pode dizer o mesmo quanto seu aspecto subjetivo, ou seja, quanto a existência do dolo. É que, conforme registram os autos, o apelado é vítima de uma enfermidade – o alcoolismo - que já se encontra instalada em alto grau, consumindo-lhe a saúde física, emocional, financeira, sua dignidade humana, tirando-lhe, enfim, a capacidade de dirigir sua própria vida. Há, inclusive, inúmeros testemunhos nesse sentido. Transcrevo, pois, alguns desses:

Francisca Carla do Nascimento – fls. 48: “(...) que o acusado sempre trabalhou no Sítio Bica; que o acusado não pagou alimentos por falta de responsabilidade; que o acusado tem costume de beber e às vezes passa o mês todo bebendo; que se separaram há aproximadamente quatro anos (...)”.

Francisca Carla do Nascimento – fls. 79: “(...) que o réu é alcoólatra; que não recebe nenhum tratamento médico; que o réu não tem condições de trabalho porque bebe direto; (...) que o réu bebe todos os dias; que em 2003 estava começando a ser alcoólatra; (...) que o réu não pagava pensão alimentícia porque não tinha condições financeiras; (...)”.

Antônio Simão Reginaldo – fls. 64: “Que é cunhado do acusado, (...) que sabe que o acusado deixou de pagar o acordo firmado em virtude da falta de trabalho; que o acusado costume beber cachaça; que o vício do acusado lhe atrapalha arrumar trabalho; que o dinheiro que o acusado pega sempre é gasto com bebida alcoólica; (...) que hoje o acusado não tem trabalho; que o acusado era diarista no Sítio Bica e ganhava R\$ 10,00 (dez reais) a diária.”

O art. 244 do Código Repressivo prevê punição por abandono material nos casos em que se deixa de prover a subsistência do cônjuge ou filho, sem justa causa. *In casu*, percebe-se que a situação do apelado, na hipótese, diz muito mais respeito a problemas de saúde física e mental do que de abandono material.

Nesse sentido, são fartas as provas de que o apelado não possui voluntariedade em qualquer de seus atos, não se podendo admitir, portanto, a tese da acusação da perpetração do crime pelo qual foi denunciado.

Vejamos a jurisprudência dos Tribunais em nosso país:

“O delito de abandono material exige o dolo, isto é, a vontade livre e consciente de não prover a subsistência” (TACrSP, Julgados 77/356, 95/78).

“Se o agente acusado de abandono material não prova que deixou de prover a subsistência de sua família por motivo justificado e que inexistiu dolo na recusa, impõe-se sua condenação pelo crime previsto no art. 244 do CP (TJRS – j. 13.09.1998 – Rel. SYLVIO BAPTISTA – RT 760/701).

Em suma, o apelado não fornecia sustento nem para os filhos, nem para si mesmo que vive sustentado pela genitora, por pura incapacidade decorrente do alcoolismo e, por isso tudo, não vejo a hipótese do tipo penal imputado nos autos, pois, como já frisado anteriormente, para a configuração do crime de abandono material é necessária a caracterização do dolo como elemento subjetivo do tipo.

Ante o exposto, conheço do recurso por tempestivo, mas lhe nego provimento em consenso com a douta Procuradoria Geral de Justiça.

É como voto.

Fortaleza, 02 de dezembro de 2008.

Nº2006.0000.0367-0/0 APELAÇÃO CRIME
COMARCA: VINCULADA DE MILHÃ
APELANTE: ANTONIO SÉRGIO DA SILVA
APELADA: A JUSTIÇA PÚBLICA
RELATOR: DES. EYMARD DE AMOREIRA

EMENTA: TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DO JÚRI – PENAL – PROCESSUAL – APELAÇÃO CRIME QUE PERSEGUE A DESCONSTITUIÇÃO DO VEREDICTO POPULAR A PRETEXTO DO CRIME TER OCORRIDO SOB O IMPACTO DA VIOLENTA EMOÇÃO LOGO EM SEGUIDA A INJUSTA PROVOCAÇÃO DA VÍTIMA – IMPOSSIBILIDADE.

1. As provocações perpetradas pela vítima eram todas pretéritas ao fato. Prova disso é que o apelante, após uma breve discussão com o irmão da vítima, dirigiu-se a sua residência e apanhou o revólver, saindo à procura de Paulo, irmão da vítima, cujo fato afasta a possibilidade do crime ter ocorrido sob os auspícios do privilégio por violenta emoção, máxime, pela falta de imediatidade da ação, vez que o próprio apelante confessou em plenário do júri ter retornado ao sítio do entrevero, desta feita armado de revólver, circunstância que aparta a incidência do privilégio rejeitado pelo Conselho de Sentença, como é o entender pacífico dos Tribunais pátrios, *in verbis*:

“Somente reconhece a lei penal a ocorrência do homicídio privilegiado nos termos do art. 121, § 1º, segunda alínea do CP, quando a reação se dá logo em seguida a injusta provocação da vítima, isto é, ato contínuo, imediatamente após” (TJSP - AC - Rel. Adriano Marrey - RT 405/107 e RT 564/328).

2. Apelo improvido. Decisão unânime.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de apelação crime, nº 2006.0000.0367-0/0, de Milhã, em que é apelante Antônio Sérgio da Silva e apelada a Justiça Pública.

Acorda a Turma, por unanimidade de votos, em conhecer do apelo, mas para lhe negar provimento, nos termos em que opinou a douta Procuradoria Geral de Justiça.

Antônio Sérgio da Silva, qualificado nos autos, sob a proteção do art. 593, III, “d” do Código de Processo Penal, interpôs o presente apelo, com o intuito de anular decisão proferida pelo Conselho de Sentença do Tribunal do Júri da comarca de Milhã, que o condenou a pena de 12 (doze) anos de reclusão, em regime inicialmente fechado, pelo ilícito previsto no art. 121, § 2º, inciso II, do Código Penal Nacional.

O fato típico e antijurídico divulgado, ocorreu no dia 15 de junho de 1996, por volta das 17h, no lugar denominado Monte Sombrio, naquele município, quando o apelante, a tiros de revólver, abateu a pessoa de Josemar Alves da Silva, seu primo, conforme testifica o auto de exame cadavérico de fs. 08.

Assim é que, aduziu a defesa que o apelante agira sob o impacto da violenta emoção, logo em seguida a injusta provocação da vítima, na forma do § 1º do art. 121 do CPB (homicídio privilegiado), impondo-se, assim, a nulificação do julgamento para ceder lugar a um novo júri.

Apelo devidamente contra-arrazoado às fs.108/110, requerendo a confirmação do veredicto acossado.

Nesta Superior Instância os autos foram com vista à douta Procuradoria Geral de Justiça que, com o parecer de fs.121/125, opinou pelo improvimento do apelo.

É o relatório.

Condenado por homicídio qualificado pelo motivo fútil, eis que Antônio Sérgio da Silva, ora apelante, rebela-se com sua condenação, afirmando que agiu sob o impacto da violenta emoção, logo em seguida a injusta provocação da vítima, na forma do § 1º do art. 121 do CPB (homicídio privilegiado).

Com efeito, no nefasto dia para os familiares dos protagonistas, o apelante teria sido repreendido pelo irmão da vítima de nome Paulo, também seu primo, porque este estava usando os “arreios” dos animais de seu pai que, por sua vez, já teria sido vítima de furto de alguns arreios e celas.

Diante daquela reclamação o apelante dirigiu-se a sua residência, onde se apoderou de um revólver, retornando à casa da vítima, a procura do irmão desta, onde na realidade o encontrou e, naquele instante tentou disparar

sua arma contra seu primo, o qual foi impedido por Paulo Ferreira da Silva, tio de ambos.

Josemar, a vítima, pessoa que não admitia violência, avisou para seu primo e algoz que iria “dar parte” dele na delegacia em face da arma de fogo, aquando o apelado, montando em seu cavalo, saca o revólver e dispara várias vezes contra vítima, acertando dois balázios que lhe foi mortal.

A testemunha Joaquim Ferreira da Silva, tio dos protagonistas, que tudo assistiu, assim contou sua versão, *verbis*:

“...que quando o réu já ia saindo a cavalo do local do crime, Paulo falou que ele ia dar parte do réu na polícia, idéia esta absolvida (sic) por Rosimar que falou de voz alta que quem ia dar parte de Sérgio à polícia era ele; que Sérgio ouviu Rosimar falar isto e se dirigiu a este que já tinha tido uma mágoa com Paulo e também com Rosimar, quando então disse ao réu: “Se você tem mágoa comigo, vamos se acertar hoje”, foi quando então o réu montado a cavalo, subitamente atira contra Rosimar, disparando quatro tiros, sendo que dois atingiram a vítima na região do peito e da garganta (fs.44/45)”.

Pois bem. Como se percebe, as provocações perpetradas pela vítima eram todas pretéritas ao fato. Prova disso é que o apelante, após uma breve discussão com o irmão da vítima, dirigiu-se a sua residência e apanhou o revólver, saindo à procura de Paulo, irmão da vítima, cujo fato afasta a possibilidade do crime ter ocorrido sob os auspícios do privilégio por violenta emoção, máxime, pela falta de imediatidade da ação, vez que o próprio apelante confessou, em plenário do júri, ter retornado ao sítio do entrevero, desta feita armado de revólver, circunstância que aparta a incidência do privilégio rejeitado pelo Conselho de Sentença, como é o entender pacífico dos Tribunais pátrios, *in verbis*:

“Somente reconhece a lei penal a ocorrência do homicídio privilegiado nos termos do art. 121, § 1º, segunda alínea do CP, quando a reação se dá logo em seguida a injusta provocação da vítima, isto é, ato contínuo, imediatamente após” (TJSP - AC - Rel. Adriano Marrey - RT 405/107).

Lapso temporal entre a provocação e o crime - TJSP: É a ausência ou presença de intervalo na reação do acusado à lesão sofrida da

vítima que, fundamentadamente, distingue o privilégio da violenta emoção, a que alude o § 1º, do art. 121 do CP, da qualificadora do motivo torpe pela vingança” (RT 564/328).

De modo que, o crime praticado sob o impacto da violenta emoção, logo em seguida a injusta provocação da vítima, não pode sofrer intervalos como na hipótese dos autos.

Nesse pesar é que, estando o julgamento do apelante consentâneo com uma das versões emergentes da prova, não se pode pretender anulá-lo sem por em xeque a soberania do Júri Popular, que somente em casos excepcionais, quando o veredicto não encontra nenhum apoio nos elementos de convicção colhidos nos autos, pode ceder lugar, com sua anulação, à nova apreciação pelo Tribunal do Júri.

Com efeito, segundo a melhor doutrina “*não é qualquer dissonância entre o veredicto e os elementos de convicção colhidos na instrução que autorizam a cassação do julgamento. Unicamente, a decisão dos jurados que nenhum apoio encontra na prova dos autos é que pode ser invalidada. É lícito ao júri, portanto, optar por uma das versões verossímeis dos autos, ainda que não seja eventualmente essa a melhor decisão*” (Júlio Fabbrini Mirabete, in Código de Processo Penal Interpretado, ed. 1994, pág. 680/681).

Neste sentido, *verbis*:

TJSP: “A decisão do Júri que, com supedâneo nos elementos constantes dos autos, opta por uma das versões apresentadas não pode ser anulada, sob a alegação de ser contrária à prova dos autos, pois tal procedimento só se justifica quando a decisão dos jurados é arbitrária, totalmente dissociada do conjunto probatório” (RT 675/354-5). No mesmo sentido: STF: RT 667/361; TJRJ: RT 661/314; TJRS: RT 555/401; TJMS: RT 688/337.

Por todo o exposto, conheço do recurso mas para lhe negar provimento, mantendo incólume o veredicto popular vergastado, nos termos em que opinou a douta Procuradoria Geral de Justiça.

Fortaleza, 02 de dezembro de 2008.

N.º 2000.0016.1042-3/0 : APELAÇÃO CRIME (IPAUMIRIM)
APELANTE: RAIMUNDO CORREIA DE ARAÚJO
APELADA: A JUSTIÇA PÚBLICA
RELATORA: DES^a. HUGUETTE BRAQUEHAIS

EMENTA: APELAÇÃO CRIME – ESTUPRO – AUTORIA- ALEGAÇÃO DE FALTA DE PROVAS – INOCORRÊNCIA - REVOGAÇÃO DO ARTIGO 226, INCISO III, DO CÓDIGO PENAL - PRINCÍPIO DA RETROATIVIDADE DA *LEX MITIOR* - APLICABILIDADE *EX OFICIO*.

1. A palavra da vítima, em crime de estupro, quando em sintonia com as demais provas colhidas, possui sobrevalor, uma vez que fatos de tal jaez, em regra, ocorrem clandestinamente.
2. Acolhido o sistema da persecução racional das provas, cumpre ao julgador, de forma motivada, valorá-las na busca de sua convicção.
3. A Lei n.º 11.106/2005 revogou a causa de aumento de pena por ser o agente casado nos crimes contra os costumes. *Novatio legis in melius*. Aplicável *ex officio* o princípio da retroatividade da lei mais benéfica.
4. Apelo conhecido e rejeitado, devendo a sentença ser reformada parcialmente de ofício para afastar a incidência da causa de aumento de pena do artigo 226, inciso III, do Código Penal.

ACÓRDÃO

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, porém, para lhe negar provimento nos termos do voto da Relatora.

RELATÓRIO

Trata-se de apelo interposto pela defesa do acusado RAIMUNDO CORREIA DE ARAÚJO, no qual se pretende a reforma da sentença prolatada

pelo M.M. Juiz de Direito da Comarca de Ipaumirim, que o condenou à pena de seis anos e meio de reclusão, por infração artigo 213 c/c 226, inciso III, do Código Penal em vigor, aduzindo-se, como motivo do inconformismo, a debilidade do arcabouço probante sob o qual se apoiou a decisão.

Convém referirmos que o Ministério Público ingressou com a denúncia em desfavor do acusado, exatamente, pela incursão no tipo penal descrito nos artigos 213 e 226, inciso III, do Código Repressivo, relatando que o mesmo constrangeu a menor ofendida, mediante violência, a manter consigo conjunção carnal.

Também é bom que se diga que a vítima foi submetida a exame de corpo de delito, na mesma data em que se deu o fato, estando consignado no laudo respectivo que houve “rotura himenal a nível de 7, 11 e 4 h, recentes e sangrantes e lesão perineal” (fls. 14).

Recebida aquela peça de acusação, foi realizado o interrogatório, sendo apresentada defesa prévia às fls. 49/50, na qual se negou a autoria delitiva.

A instrução processual foi realizada com a auscultação das testemunhas de acusação e defesa, inexistindo alegação de *error in procedendo* em tal fase do processo.

Em sede de alegações finais (fls. 67/70), o órgão do Ministério Público ratificou os termos da denúncia, argumentando que a defesa apenas se preocupara, no curso da instrução, em tentar denegrir a imagem da vítima, sem demonstrar fatos exculpantes da autoria.

De outro bordo, essa defesa apresentou suas alegações finais às fls. 71/81, concentrando seus ataques no frágil contexto probatório carregado aos autos, especificamente nos depoimentos e no laudo pericial, que, segundo aduziu, seriam insuficientes para demonstrar a autoria e materialidade do crime.

Sobreveio a sentença (fls. 82/93), condenando-se o acusado pela realização da conduta descrita no tipo incriminador do artigo 213 do Código Penal, fazendo incidir, ainda, a causa de aumento de pena do artigo 226, inciso III, da mesma codificação.

Devidamente intimada da decisão singular, a defesa interpôs o presente recurso de apelação (fls. 95/100), estando as contra-razões acostadas às fls. 103/107.

A douta Procuradoria Geral de Justiça, em parecer que repousa às fls. 119/121, manifestou-se pela manutenção da decisão de primeiro grau sob o color de que a palavra da vítima faria prova suficiente, desde que em harmonia com os demais elementos constantes dos autos.

Era o que tínhamos a relatar, determinando vista dos autos ao digno Revisor para os devidos fins.

VOTO

Inicialmente, ainda em juízo de prelibação, convém destacarmos que o apelo reveste-se dos requisitos intrínsecos (legitimidade e interesse de agir, este último em seu binômio utilidade e necessidade), bem como dos requisitos extrínsecos (cabimento, tempestividade, regularidade formal e ausência de fatos impeditivos ou extintivos).

Avistada a admissibilidade do recurso, passemos ao juízo meritório, de delibação.

O apelo aviado, pelo que se verifica, busca a reforma da sentença condenatória de Raimundo Correia de Araújo sob o auspício de *error in judicando*, aduzindo, para tanto, a negativa da autoria e a fragilidade do contexto probatório. Em verdade, ambos os rumos aos quais se dirige a impugnação destinam-se a contestar o arcabouço probante no qual se apoiou a decisão singular.

Precedendo a investigação da autoria do delito, observe-se que o laudo pericial acostado às fls. 14 é instrumento suficiente para demonstrar a prática da conjunção carnal, como bem observou o M.M. Juiz de primeiro grau.

Releve-se o aspecto de que o exame fora realizado algumas horas após o fato narrado na exordial, cabendo a transcrição do que ali declarado:

“O exame da genitália externa mostra rotura himenal a nível de 7, 11 e 4 h recentes e sangrantes e lesão perineal.” (grifo nosso) (fls. 14)

Não obstante, o tipo incriminador descrito no artigo 213 do Código Penal Brasileiro não traz como bastante a simples cópula, devendo esta ser imposta mediante violência ou grave ameaça.

Dos depoimentos colhidos no curso da instrução processual não consta alegação de que a vítima teria, ou pelo menos poderia, haver estado com outro homem naquela data.

Outrossim, pelo que consta nos autos, a menor buscava meio de chegar ao circo, no Município de Cachoeira dos Índios, no qual trabalhava o seu suposto namorado, segundo tese ventilada pela defesa. É a ilação alcançada pelos depoimentos adiante colacionados, que, neste aspecto, são uníssonos:

“[...] que realmente saiu com a menor com direção a Cachoeira dos Índios-, e quando já estava próximo lhe confessou que na verdade buscava encontrar um namorado com o qual tinha um caso amoroso no Sítio Tambor naquele município [...]”. (declaração prestada pelo acusado às fls. 47/49)

“[...] que não é verdade que namorava alguém do circo e como ainda tivesse muito desejo de acompanhar o circo resolveu ir para a gurita do ônibus na entrada do Felizardo com a firme intenção de ir ao sítio

tambor novo local de parada do tal circo [...]” (declaração prestada pela vítima às fls. 59/59v).

Portanto, não é crível a idéia de ter estado com o seu hipotético namorado, se o seu objetivo era ir ao seu encontro.

A dedução de que o fato criminoso foi executado pelo réu pode ser percebida diante dos seus truncados e confusos relatos, como o fato de que, sendo um motorista de praça aceitou fazer uma viagem sem expectativa de retribuição, principalmente, sendo a passageira uma menor impúbere, ou até no afirmar que, “realmente saiu com a menor com direção à Cachoeira dos Índios, e quando já estava próximo lhe confessou que na verdade buscava encontrar um namorado [...], e diante deste fato, considerando que a vítima aparentava ser menor, achou mais prudente retornar a Ipaumirim” (fls. 47v).

De outra banda, tem-se que a palavra da vítima foi coerente e convincente, já sendo suficiente, de *per se*, para a emersão de veredicto condenatório, visto que se apresentou em sintonia com os demais elementos probantes dos autos. Ressalte-se, ainda, que não foi demonstrado, no curso processual, qualquer razão para que ela - ofendida - culpasse falsamente o réu.

Em casos que tais, ínsitos nos crimes contra os costumes, as condutas são praticadas, em regra, clandestinamente, alheias às testemunhas. Assim, a jurisprudência firmou posição segundo a qual se deve sobrelevar o que vem sendo declarado pelas vítimas.

Nessa esteira é assente a postura do Colendo Superior Tribunal de Justiça, consoante extrato de votos abaixo colacionados, *in verbis*:

“A ausência de laudo pericial não tem o condão de afastar os delitos de estupro e atentado violento ao pudor, nos quais a palavra da vítima tem grande validade como prova, especialmente porque, na maior parte dos casos, esse delitos, por sua própria natureza, não contam com testemunhas e sequer deixam vestígios.” (HC 47212/MT, Quinta Turma, Rel. Min. Gilson Dipp, DJ. 13.03.2006, p. 346)

“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”. (HC 46597/MG, Quinta Turma, Rel. Min. Félix Fischer, DJ. 13.02.2006, p. 838)

No mesmo sentido cite-se o HC 45344/SC (DJ. 1.2.2006), HC 43866/GO (DJ. 3.10.2005) e REsp 700800/RS (DJ. 18.4.2005).

De idêntico sentir são os julgados do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, dos quais se extrai a decisão abaixo transcrita, *verbis*:

“APELAÇÃO-CRIME. TENTATIVA DE ESTUPRO. MATERIALIDADE E AUTORIA. FALTA DE PROVAS. INOCORRÊNCIA. A palavra da vítima em crimes como os do caso em apreço, cometido na clandestinidade, assume especial valor probante e é suficiente para comprovar a materialidade e autoria do delito de tentativa de estupro, ainda mais quando vem corroborada pelas afirmações de duas testemunhas e a versão exculpatória apresentada pelo acusado mostra-se inverossímil.” (Apelação Crime nº 70008452039, Oitava Câmara Criminal, Relator: Des. Roque Miguel Fank, Julgado em 30.06.2004).

Registre-se que o ordenamento pátrio adotou o sistema do livre convencimento motivado, ou da persecução racional, segundo o qual o juiz deve formar sua convicção a partir do contexto probatório carreado aos autos.

Acerca do que tratado, lesionou Frederico Marques:

“Em primeiro lugar, o livre convencimento não significa liberdade de apreciação das provas em termos tais que atinja as fronteiras do mais puro arbítrio. Esse princípio libertou o juiz, ao ter de examinar a prova, de critérios apriorísticos contidos na lei, em que o juízo e a lógica do legislador se impunham sobre a opinião que em concreto podia o magistrado colher [...]” (*apud* Paulo Rangel, *in* Direito Processual Penal, 7.ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, p. 457)

Assim, pelos fundamentos aduzidos pela defesa, os quais foram acima apresentados, o *decisum* singular não carece de reproche.

No entanto, percebe-se, na sentença condenatória, ter sido admitida a incidência, quando da dosimetria da pena, da causa de aumento da pena inserta no artigo 226, inciso III, do Código Penal Brasileiro, atinente ao estado de casado dos agentes de crimes contra os costumes.

Ocorre, porém, que tal preceptivo foi revogado pela Lei n.º 11.106/2005, havendo a *novatio legis in melius*, o que autoriza o seu reconhecimento de ofício.

Nesse sentido inclina-se o Superior Tribunal de Justiça, conforme as decisões abaixo citadas, *in verbis*:

“RECURSO ESPECIAL. PENAL. ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR. PRINCÍPIO DA RETROATIVIDADE DA *LEX MITIOR*. REVOGAÇÃO DO ART. 226, INCISO III, DO CP. CRIME HEDIONDO. PROGRESSÃO DE REGIME. IMPOSSIBILIDADE.

1. O art. 5º da Lei n.º 11.103/2005 revogou o art. 226, inciso III, do Código Penal, assim, em virtude do princípio da retroatividade da *lex mitior*, previsto no art. 2º, parágrafo único, do estatuto penal,

deve ser excluída a majoração pelo agente ser casado.

2. O crime de estupro ou atentado violento ao pudor, ainda que na forma simples e mesmo com violência presumida, tem natureza hedionda, devendo a respectiva pena ser cumprida em regime prisional integralmente fechado. Precedentes desta Corte e do Pretório Excelso.

3. Recurso especial parcialmente conhecido e, nessa parte, provido.” (REsp 735970/RS, Quinta Turma, Rel. Min. Laurita Vaz, DJ. 20.3.2006, p. 342)

“Se no momento da entrada em vigor da Lei 9.714/98 (Lei das Penas Alternativas) estava em curso recurso de apelação contra condenação não superior a quatro anos de reclusão, deveria o Tribunal examinar, até mesmo de ofício, a possibilidade de aplicação da nova lei penal mais benigna aos então apelantes, em atenção ao princípio da retroatividade da *lex mitior*, insculpido no art. 5º, inciso XL, da Constituição Federal, e reproduzido no parágrafo único do art. 2º do Código Penal.” (grifo nosso) (HC 9509/MS, Quinta Turma, Rel. Min. José Arnaldo da Fonseca, DJ. 11.10.1999, p. 77)

Novamente trazemos à colação decisões do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul sobre o tema em baila, *verbis*:

“Com a recente edição da Lei nº 11.106/05, em vigor na data da publicação da sentença, restou expressamente revogado o inciso III do art. 226 do Estatuto Repressivo, que previa o aumento da pena se o agente fosse casado. *Novatio legis in melius*. Aplicação do disposto no art. 2º, § único do CP e art. 5º, XL da Constituição Federal. Sentença reformada, no ponto. Exclusão da majorante em questão. Redimensionamento da pena que se impõe. Pena-base de 6 anos, assim definitivada, na ausência de outras causas modificadoras” (Apelação Crime 70013315643, Oitava Câmara, Rel. Des. Fabianne Breton Baisch, Julgamento em 14.12.2005)

Diante do exposto, conhecemos do recurso para negar-lhe provimento, porém reformando parcialmente, de ofício, a sentença impugnada, com o visio único de afastar a incidência da causa majorante do artigo 226, inciso III, do Código Penal, de modo a que a reprimenda fique limitada à pena base fixada, ou seja, ao mínimo legal de 6 (seis) anos.

É como votamos.

Fortaleza, março de 2007.

PROCESSO Nº: 2002.0003.4215-4/0

AÇÃO: APELAÇÃO CRIME

ORIGEM: VARA ÚNICA DA COMARCA DE BOA VIAGEM

APELANTE: JOSÉ LEANDRO ARAGÃO

APELADA: A JUSTIÇA PÚBLICA

RELATORA: DESA. MARIA ESTELA ARAGÃO BRILHANTE

EMENTA: TRÁFICO DE ENTORPECENTES. PEDIDO DE DESCLASSIFICAÇÃO. INVIABILIDADE. EVIDENCIADA A PRÁTICA DA CONDOTA “VENDER” SUBSTÂNCIA ENTORPECENTE QUE CAUSE DEPENDÊNCIA FÍSICA OU PSÍQUICA, SEM AUTORIZAÇÃO OU EM DESACORDO COM DETERMINAÇÃO LEGAL, IMPOSSIBILITADA SE MOSTRA A DESCLASSIFICAÇÃO DO DELITO DE TRÁFICO – ART. 12 DA LEI Nº. 6368/76 – PARA O DE USO PRÓPRIO – ART. 16 DO MENCIONADO DIPLOMA LEGAL. PRETENSÃO DE CUMPRIMENTO DA PENA EM REGIME ABERTO. POSSIBILIDADE. ENTENDIMENTO HODIERNO DO STJ. PRÁTICA DELITUOSA OCORRIDA SOB A ÉGIDE DA LEI Nº. 6.368/76. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DO ART. 59 DO CÓDIGO PENAL CONSIDERADAS FAVORÁVEIS. INCIDÊNCIA DA SÚMULA Nº. 719 DO STF. PRECEDENTE DESTA 2ª CÂMARA CRIMINAL. FIXAÇÃO DO REGIME ABERTO, NOS TERMOS DO ART. 33, § 2º, ALÍNEA “C”, DO CPB. EXTENSÃO DO BENEFÍCIO AO CORRÉU. ART. 580, DO CPP. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de Apelação nº. 2002.0003.4215-4/0, de Boa Viagem, em que é apelante José Leandro Aragão e apelada a Justiça Pública.

Acordam os Desembargadores integrantes da 2ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, à unanimidade, em conhecer do recurso e dar-lhe parcial provimento, fixando o regime aberto para o cumprimento da pena, assim como, de ofício, em obediência ao preceito contido no art. 580 do Código de Processo Penal, estender o benefício ao corréu Antônio Almir Almeida, nos termos do voto da Relatora.

RELATÓRIO

CÍCERO MÁRCIO DA SILVA, VALMÉRIO DE SOUSA FREITAS, JOSÉ LEANDRO ARAGÃO e ANTÔNIO ALMIR ALMEIDA foram denunciados pelo representante do Ministério Público com atuação na Comarca de Boa Viagem, os dois primeiros, por infração ao art. 16 da Lei nº. 6.368/76, enquanto os dois últimos, nas sanções do art. 12 do referido diploma legal.

Consta da denúncia que no dia 17 de setembro do longínquo ano de 1993, por volta das 23h, policiais militares que faziam uma ronda na Praça do Alto do Zé Rosa, na cidade de Boa Viagem, prenderam em flagrante delito Cícero Márcio da Silva e Valmério de Sousa Freitas pela prática do crime tipificado no art. 16 da já revogada Lei nº 6.368/76, pois foram flagrados portando, para uso próprio, substância entorpecente (maconha). Consta, ainda, que Cícero Márcio por ocasião da lavratura do flagrante, confessou ter adquirido a erva do ora apelante Leandro pela importância de Cr\$ 500,00 (quinhentos cruzeiros reais).

Processados e julgados José Leandro e Antônio Almir foram condenados à pena de 3 (três) anos de reclusão a ser cumprida em regime integralmente fechado, mais o pagamento de 50 (cinquenta) dias-multa, enquanto os outros dois denunciados, foram beneficiados com o instituto da prescrição da pretensão punitiva do Estado (fls. 125 a 127).

Inconformado, JOSÉ LEANDRO ARAGÃO interpôs recurso de apelação, pretendendo a reforma da sentença no sentido de que seja desclassificado o delito para o tipo penal descrito no art. 16 da Lei 6.368/76, sob o argumento de que não restou provada a sua culpabilidade nos termos da denúncia, ou, não sendo este o entendimento, seja o regime de cumprimento da pena, desde o início,

aberto (fls. 132 *usque* 134).

Contrarrrazões do Ministério Público às fls. 173 a 175, nas quais impugna as alegações do apelante e pede para que seja mantida a sentença recorrida.

Em parecer de fls. 184 *ut* 186 a Procuradoria-Geral de Justiça opina pelo improvimento do apelo.

Por sucessão, os autos me foram redistribuídos em 15/05/2009 (fl. 190), vindo conclusos para apreciação.

É o relatório.

Conforme relatado, pretende o apelante a desclassificação do crime pelo qual foi condenado (art. 12, Lei nº. 6.368/76), para o delito tipificado no art. 16 do mencionado diploma legal, ou, subsidiariamente, a fixação do regime aberto para o cumprimento da reprimenda.

Entretanto, entendo que a primeira pretensão do recorrente não merece acolhida. Explico.

Inicialmente deve ser ressaltado que tanto a materialidade e autoria do tráfico de drogas restaram satisfatoriamente comprovadas nos fólios. A primeira pelos termos de apresentação e apreensão acostados aos autos (fls. 16 e 21) e pelo laudo de exame de constatação vegetal (fl. 17), enquanto que a segunda pela confissão do apelante (fls. 20/v e 48/v).

A conduta delituosa atribuída ao acusado encontra-se tipificada no art. 12 da já revogada Lei nº. 6.368/76 que capitula como uma das condutas do crime de tráfico a de “vender” substância entorpecente ou que determine dependência física ou psíquica, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar. Preceitua o texto legal, *verbis*:

Art. 12. Importar ou exportar, remeter, preparar, produzir, fabricar, adquirir, vender, expor à venda ou oferecer, fornecer ainda que gratuitamente, ter em depósito, transportar, trazer consigo, guardar, prescrever, ministrar ou entregar, de qualquer forma, a consumo substância entorpecente ou que determine dependência física ou psíquica, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar:

Pena - reclusão, de 3 (três) a 15 (quinze) anos, e pagamento de 50 (cinquenta) a 360 (trezentos e sessenta) dias-multa.

No caso em mesa, o apelante, tanto na presença do Delegado de Polícia quanto perante o Magistrado da instrução confessou ter efetuado a venda da diamba ao usuário Cícero, pela quantia de quinhentos cruzeiros reais, importância esta que foi regularmente apreendida (fl. 21), esclarecendo, igualmente, que recebera a maconha do denunciado Antônio Almir, o qual lhe prometera uma gratificação e que, assim o fez, motivado por razões econômicas, porquanto seu salário não seria suficiente para o sustento de sua família (fl. 20).

Frise-se, por oportuno, que a confissão do recorrente foi corroborada pelas declarações tanto na polícia como em juízo do corréu Cícero Márcio, que categoricamente afirmou ter adquirido a substância entorpecente apreendida do sentenciado José Leandro, ora apelante.

Como bem asseverou a douta Procuradora de Justiça em sua manifestação, pelo conjunto probatório carreado ao caderno processual, *“ficou clara a condição de traficante do condenado, ora recorrente, por, inicialmente, fornecer gratuitamente e, depois, vender substância entorpecente ao viciado Márcio”*.

Desta forma, é incabível a desclassificação da infração penal.

Por outro lado, merece acolhida a segunda pretensão do apelante, qual seja: a fixação do regime inicial aberto para cumprimento da reprimenda.

Isto porque tratando-se de delito praticado sob a égide da Lei nº. 6.368/76, como ocorre no caso em apreciação, o entendimento hodierno do Superior Tribunal de Justiça, é que, fixada a pena-base no mínimo legal e reconhecidas as circunstâncias judiciais favoráveis ao réu, é incabível o regime prisional mais gravoso, porquanto a fixação do regime deve ser concretamente fundamentada, sem basear-se somente na gravidade abstrata do delito, sob pena de se tornar desproporcional.

Nessa direção, observem-se os seguintes arestos:

AGRAVO REGIMENTAL EM *HABEAS CORPUS* – PENAL – TRÁFICO DE DROGAS – SUBSTITUIÇÃO DO REGIME FECHADO PARA O ABERTO, DESDE O INÍCIO – POSSIBILIDADE – NEGADO PROVIMENTO. 1- O regime inicial de cumprimento da pena deve considerar a quantidade de pena imposta e a análise das circunstâncias judiciais. 2- Não é possível a imposição do regime fechado ante a gravidade abstrata

do crime, por si só, porquanto ao fazer a cominação para o delito, o legislador já a considerou. Súmulas n.º 718 e n.º 719 do STF. 3- A escolha do regime fechado deve ser concretamente fundamentada, principalmente se a dosagem final da pena permitir, em tese, regime menos grave. 4- Negado provimento ao agravo regimental. (STJ, AgRg no HC 118402/SP, Ministro CELSO LIMONGI (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/SP), T6 – Sexta Turma, j. 19/02/2009, p. DJE 16/03/2009).

HABEAS CORPUS. PENAL. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. CRIME PRATICADO SOB A ÉGIDE DA LEI N.º 6.368/76. OBSERVÂNCIA DO ART. 33, § 2.º, ALÍNEA C, DO CP. FIXAÇÃO DO REGIME ABERTO. ADMISSIBILIDADE. SUBSTITUIÇÃO DA PENA. POSSIBILIDADE. PRECEDENTES. 1. Verificado que o crime de tráfico ilícito de entorpecentes foi cometido sob a égide da Lei n.º 6.368/76, a previsão constante da Lei n.º 11.464/07, a qual, estabelece o cumprimento da pena privativa de liberdade em regime inicial fechado, independentemente do *quantum* de pena aplicado, por ser, no particular, mais gravosa, não pode retroagir em prejuízo do réu, devendo incidir os critérios estabelecidos pelo art. 33, § 2.º, do Código Penal. 2. Excluído o único óbice à progressão de regime nos crimes hediondos e equiparados, consubstanciado no caráter especial dos rigores do regime integralmente fechado, não subsiste qualquer empecilho ao pleito de substituição da pena privativa de liberdade pela restritiva de direitos, desde que o acusado atenda os requisitos previstos no art. 44 do Código Penal. Precedentes. 3. Concedida a ordem para restabelecer a sentença condenatória que fixou o regime inicial aberto para o cumprimento da pena e substituiu a pena privativa de liberdade pela restritiva de direitos. (STJ, HC 119487/RJ, Relatora Ministra LAURITA VAZ, T5 – Quinta Turma – j. 18/12/2008, p. 16/02/2009).

Outrossim, tal entendimento é consubstanciado na Súmula n.º 719, do Supremo Tribunal Federal, a qual preceitua que “*A imposição do regime de cumprimento mais severo do que a pena aplicada permitir exige motivação idônea*”.

Na mesma esteira, observe-se o seguinte precedente desta egrégia Câmara Criminal:

EMENTA: PENAL. PROCESSO PENAL. TRÁFICO DE DROGAS. CARACTERIZAÇÃO DO TIPO PENAL. CONSUMAÇÃO, E NÃO TENTATIVA. REGIME INICIAL ABERTO, DESDE QUE PRESENTES OS REQUISITOS LEGAIS. (...) IV - Possibilidade de início do cumprimento da pena no regime aberto. Precedentes. (STJ: “Fixada a pena-base no mínimo legal, inexistindo circunstâncias judiciais válidas desfavoráveis ao réu - primário e com bons antecedentes -, estando a pena-base fixada no mínimo legal, não é possível infligir regime prisional mais gravoso apenas com base na gravidade genérica do delito. Inteligência do art. 33, §§ 2.º e 3.º, c.c. o art. 59, ambos do Código Penal. Incidência das Súmulas n.º 718 e 719 do Supremo Tribunal Federal.” - HC 83022, DJ 04/09/2007, Rel. Min. Laurita Vaz). V - Provimento parcial da apelação. (TJ/CE, AC n.º. 2002.0003.4158-1/0, 2ª Câmara Criminal, Rel. Des. João Byron de Figueiredo Frota, j. 03/12/2007, publicado em 07/02/2008).

Dessarte, tendo sido todas as circunstâncias judiciais (CP, art. 59) consideradas favoráveis, o que levou a fixação da pena-base em seu mínimo legal (3 anos de reclusão), é indeclinável o estabelecimento do regime aberto para o cumprimento da pena, nos termos do art. 33, § 2º, alínea “c”, do Código Penal, benefício este que, de ofício, nos termos do art. 580, do código de Processo Penal, se estende ao corréu Antônio Almir Almeida, por se encontrar em situação idêntica a do apelante.

ISSO POSTO, em dissonância com o parecer da Procuradoria-Geral de Justiça, conheço do recurso e dou-lhe parcial provimento, fixando o regime aberto para o cumprimento da reprimenda, e, de ofício, estender o benefício ao corréu Antônio Almir Almeida.

É como voto.

Fortaleza, 31 de agosto de 2009.

Habeas Corpus

Nº 2006.30.5179-0: *HABEAS CORPUS* DE CAMPOS SALES
IMPETRANTE: FRANCISCO COSTA TORRES JÚNIOR (ADVOGADO)
IMPETRADO: JUIZ DE DIREITO DA COMARCA DE CAMPOS SALES
PACIENTE: FRANCISCO COSTA TORRES JÚNIOR
RELATORA: DESESEMBARGADORA HUGUETTE BRAQUEHAIS

EMENTA: *HABEAS CORPUS* – 1) BUSCA E APREENSÃO DE ARMA EM PODER DE ADVOGADO – DILIGÊNCIA ACOMPANHADA POR REPRESENTANTE DA OAB – INEXISTÊNCIA DE VIOLAÇÃO AO ARTIGO 7º, II, DA LEI 8.906/94 - 2) PRISÃO EM FLAGRANTE – LEGALIDADE DA MEDIDA – INEXISTÊNCIA DE PREJUÍZO PARA O PACIENTE – APLICAÇÃO DO ART. 563 DO CPP - 3) TRANCAMENTO DO INQUÉRITO POLICIAL – IMPOSSIBILIDADE - INEXISTÊNCIA DE QUALQUER DAS NULIDADES APONTADAS - 4) NEGATIVA DE AUTORIA - TESE QUE NÃO PODE SER DISCUTIDA NESTA ANGUSTA SEDE, POR EXIGIR COMPLEXO E APROFUNDADO EXAME DO MATERIAL COGNITIVO RESIDENTE NO CADERNO PROCESSUAL - PRECEDENTES DO STJ – 5) ORDEM CONHECIDA E DENEGADA.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de *Habeas Corpus*, acordam os Desembargadores da 2ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, por votação unânime, em conhecer da ordem impetrada, para denegá-la, na conformidade do voto da Relatora.

RELATÓRIO

Trata-se de *habeas corpus*, com pedido de liminar, impetrado, em causa própria, por **FRANCISCO COSTA TORRES JÚNIOR** que, segundo consta, foi preso em flagrante pela prática do delito previsto no art. 12 da Lei n.º 10.826/03.

Indica o impetrante, como autoridades coatoras, a meritíssima Juíza de Direito da comarca de Campos Sales e o Senhor Delegado de Polícia Civil da mesma comarca.

Alega, em síntese, na inicial respectiva, o seguinte:

a) que a douta Juíza de Campos Sales “*entendeu pertinente deferir mandado de busca e apreensão em desfavor do impetrante, ADVOGADO militante naquela circunscrição judiciária, ao fundamento de que o mesmo seria portador ou possuidor de arma de fogo, conforme noticiam as peças acostadas;*”

b) que “*(...)que foi abordado por uma dezena de policiais militares que, após realizarem busca pessoal e vasculharem o veículo de propriedade do paciente, nada encontraram que o incriminasse. Ato contínuo, os milicianos se deslocaram conduzindo o impetrante até sua residência e procederam a minuciosa busca domiciliar, também nada encontrando que pudesse justificar tamanha violência. Seguidamente, com o desiderato de cumprir ‘ordem judicial’, os policiais VIOLARAM o ESCRITÓRIO PROFISSIONAL do impetrante, o sigilo de documentos e dados ali depositados, procedendo a uma verdadeira varredura em busca de arma de fogo, supostamente de propriedade do paciente, (...);*”

c) que no escritório em questão foi encontrado um revólver pertencente ao segurança do paciente, o Sr. Luiz Cleônio Barbosa;

d) que, então, foi autuado em flagrante pela prática do crime tipificado no art. 12 da Lei n.º 10.826/2003, sem que a Ordem dos Advogados do Brasil fosse comunicada.

Por esses fatos, sustenta o paciente que: 1) o auto de sua prisão em flagrante é nulo, em face da inobservância do disposto no art. 7º, inciso IV da Lei n.º 8.906/94¹; 2) a busca e apreensão realizada em seu escritório é ilegal, diante da violação ao art. 7º, II², do referido diploma legal.

Ao final, requer seja, efetivamente, declarado nulo, tanto o auto de prisão em flagrante, como os atos derivados do mandado de busca e apreensão expedido pela autoridade impetrada. Requer, por último, seja trancado o inquérito policial instaurado em seu desfavor, pela suposta prática do crime previsto no art. 12 da Lei n.º 10.826/2003.

Liminar indeferida às fls. 65/66, pelo eminente Des. Francisco Haroldo Rodrigues de Albuquerque, magistrado que se encontrava de plantão no dia 20 de dezembro de 2006.

Informações prestadas pela autoridade impetrada, atendendo a solicitação que lhe foi dirigida (fls. 72/74) em meio às quais aduziu o seguinte:

- 1- que não existe ação penal instaurada contra a pessoa do paciente;
- 2- que o Ministério Público requereu fosse determinada uma busca e apreensão em seu desfavor, “(...) *sob o argumento geral de que as dificuldades de acompanhamento de reiteração de conduta delitiva, em processo de naturezas similares, acaba por servir de estímulo à reincidência. (...)*”;
- 3- que, contra o paciente, já foram instauradas três ações penais: duas por disparo de arma de fogo em via pública e uma por tentativa de homicídio, este último ato praticado, também, com uma arma de fogo;
- 4- que, deferindo o pedido do Ministério Público, determinou a expedição de mandado de “(...) *busca e apreensão pessoal e domiciliar, no veículo, e no escritório de advocacia do representado (...)*”;
- 5- que no aludido mandado restou evidenciado que “(...) *em caso de serem apreendidos objetos ligados a ilícitos e de prisão, seja de imediato comunicado o representante da OAB, devendo o paciente ser levado sem algemas para sala de estado maior ou dependência sem característica de cela (se necessário no Batalhão da PM em Crato ou Juazeiro), pelo respeito legalmente exigido à sua elevada condição de advogado.(...)*”;
- 6- que o mandado foi cumprido por oficial de justiça “ad hoc”, devidamente acompanhado pelo advogado Gilberto Cirilo de Souza, que, inclusive, asseverou, em conversa informal, que não constatou nenhuma irregularidade;
- 7- que o Presidente da OAB-Ce confirmou, pelo telefone que “(...) *o advogado Gilberto acompanhou a medida, anotando, porém, que por iniciativa própria, e não por ordem da signatária. (...)*”;
- 8- que o paciente foi posto em liberdade após pagar fiança;
- 9- que, quando do cumprimento do mandado em questão, foram apreendidos os seguintes objetos: a) uma faca tipo peixeira, no interior do veículo do paciente; b) um revólver calibre 38, encontrado, também, no interior do veículo mencionado; c) munição extra (seis projéteis); d) um outro revólver, calibre 38, que se encontrava com o segurança do aludido paciente, Sr. Luiz Cleonio; e) um terceiro revólver, calibre 38, que se encontrava no seu escritório de advocacia.

O Ministério Público de 2º grau, em parecer que repousa às fls. 76/85, opinou, preliminarmente, pelo não conhecimento da impetração, tendo em vista a incompetência do Tribunal de Justiça, eis que o inquérito não fora instaurado por requisição do Ministério Público ou por ordem judicial. No mérito, opinou pela denegação da segurança.

Às fls 86/87, o paciente, juntamente com o Advogado Paulo Napoleão Gonçalves Quezado, alegou que o parecer ministerial de 2º grau deixou de “(...) *enfrentar importantes argumentos trazidos à baila pelo impetrante. (...)*”. Por essas razões, requereu fosse colhida nova manifestação da douta Procuradoria-Geral de Justiça, o que foi por nós deferido (fl. 89).

Nessa nova manifestação, o Dr. Benon Linhares Neto, inobstante ressaltar que havia enfrentado toda a matéria argüida na inicial, ratificou o que anteriormente dissera, opinando, preliminarmente, pelo não conhecimento da impetração e, no mérito, pela denegação da ordem.

Era o que tínhamos a relatar.

VOTO

Conforme restou assinalado no relatório, com a impetração de que se trata, basicamente, requer-se o trancamento do inquérito policial instaurado contra o paciente, pelos motivos que, resumidamente, lá já foram elencados.

- PRELIMINAR DE INCOMPETÊNCIA DESTA CORTE PARA CONHECER DO WRIT:

O Dr. Benon Linhares, Procurador de Justiça, ao se manifestar nos autos, opinou, preliminarmente, pelo não conhecimento da presente ação constitucional, sob o argumento de que não cabe ao Tribunal de Justiça apreciar matéria relativa a trancamento de inquérito policial. Em outras palavras, sustentou que o presente *habeas corpus* deveria ter sido impetrado perante o juízo de primeiro grau, por se tratar de ato abusivo praticado por delegado de polícia.

Entretanto, entendemos de modo diverso. É que, neste caso, não podemos olvidar que o inquérito policial que se pretende seja trancado foi instaurado através de um auto de prisão em flagrante, a qual, por sua vez, foi fruto de uma busca e apreensão determinada pela autoridade impetrada (Juíza de Direito da Comarca de Campos Sales), após representação do Ministério Público.

Ademais, convém verificarmos que um dos fundamentos da impetração diz respeito a uma suposta nulidade da busca e apreensão que foi

determinada pela referida magistrada. Ou seja, não há como negar que aqui se ataca um *ato judicial* praticado pela autoridade impetrada, ato esse que, sem dúvida, deu origem àquele inquérito policial.

Por essas razões, entendemos que esta Corte de Justiça, através desta Câmara Criminal tem, realmente, competência para processar e julgar o presente remédio constitucional.

Aliás, sobre o tema, podemos citar o seguinte julgado proferido pelo Superior Tribunal de Justiça:

EMENTA: “PROCESSUAL PENAL. RECURSO EM *HABEAS CORPUS*. ATO DE PROMOTOR DE JUSTIÇA. COMPETÊNCIA DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA. 1. Compete ao Tribunal de Justiça do Estado julgar *habeas corpus* em que o ato impugnado tenha decorrido da atuação de Promotor de Justiça, como assim já decidiu o Colendo Supremo Tribunal Federal (RE nº 141.311-5, Rel. Mm. Marco Aurélio). 2. Recurso provido. (STJ- Recurso em *Habeas Corpus*, Rel. Min. Anselmo Santiago, DJ 19/08/1996).

Rejeitamos, pois, a preliminar suscitada pelo douto Procurador de Justiça.

MÉRITO:

Sobre o mérito, convém, de início, analisarmos a alegada nulidade da busca e apreensão determinada pela MM. Juíza de Direito da Comarca de Campos Sales, por violação ao Art. 7º, inciso II³ do Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil.

A nosso sentir, não ocorreu a nulidade argüida pelo impetrante/paciente. É que a autoridade impetrada informou que o advogado Gilberto Cirilo de Souza acompanhou o cumprimento da busca e apreensão em questão (fl. 73).

Ademais, o próprio Presidente da OAB-CE, segundo explicita a autoridade impetrada, confirmou que a diligência (busca e apreensão) foi, efetivamente, acompanhada pelo advogado Gilberto Cirilo de Souza.

Ora, se havia um representante da Ordem dos Advogados do Brasil acompanhando a busca e apreensão, conclui-se que a regra prevista no art. 7º, II do Estatuto da Ordem foi devidamente observada, pelo que, diante desse contexto, não há nulidade a ser declarada.

Já em relação à nulidade do auto de prisão em flagrante, em face da

suposta violação do art.7, IV, da Lei n.º 8.906/94.⁴, o que se tem a dizer é que, na verdade, não era necessária a presença de representante da OAB, para acompanhar a prisão em flagrante do paciente, eis que essa prisão, no caso, não ocorreu por “(...) motivo ligado ao exercício da advocacia (...)”.

De fato, a Lei 8.906/94 não exige a presença de advogado para acompanhar o flagrante se a prisão não tiver relação com o exercício da profissão.

Por outro lado, não podemos esquecer que a lei exige a comunicação da prisão à respectiva seccional da OAB e, na hipótese em tablado, o que podemos verificar, através das informações prestadas às fls. 72/74, foi que, ainda que de forma indireta, a prisão do paciente foi comunicada à OAB-Ce.

Por isso mesmo, no nosso modo de entender, o objetivo da lei foi atingido, até porque o próprio presidente da Ordem dos Advogados, Dr. Hélio Leitão, já ciente da medida judicial determinada pela autoridade impetrada, confirmou que o advogado Gilberto Cirilo de Souza havia acompanhado, efetivamente, a busca e apreensão.

Oportuno lembrarmos, ainda, que na legislação processual penal brasileira vige o princípio “pas de nullité sans grief”, segundo o qual só poderá ser decretada nulidade de ato processual quando restar comprovada a ocorrência de prejuízo para a parte, nos exatos termos do art. 563 do Código de Processo Penal.

A propósito do tema, permitimo-nos transcrever, da obra “As Nulidades no Processo Penal” (6ª Edição, Ed. Revista dos Tribunais, p. 26/28), os ensinamentos de Ada Pellegrini Grinover e outros, textualmente:

“Constitui seguramente a viga mestra do sistema das nulidades e decorre da idéia geral de que as formas processuais representam tão-somente um instrumento para a correta aplicação de direito; sendo assim, a desobediência às formalidades estabelecidas pelo legislador só deve conduzir ao reconhecimento da invalidade do ato quando a própria finalidade pela qual a forma foi instituída estiver comprometida pelo vício. Sem ofensa ao sentido teleológico da norma não haverá prejuízo e, por isso, o reconhecimento da nulidade nessa hipótese constituiria consagração de um formalismo exagerado e inútil, que sacrificaria o objetivo maior da atividade jurisdicional; assim, somente a atipicidade relevante dá lugar à nulidade; daí a conhecida expressão utilizada pela doutrina francesa: *pas de nullité sans grief*. (...) A decretação da nulidade implica perda da atividade processual já realizada, transtornos ao juiz e às partes e demora na prestação jurisdicional almejada, não sendo razoável, dessa forma,

que a simples possibilidade de prejuízo dê lugar à aplicação da sanção; o dano deve ser concreto e efetivamente demonstrado em cada situação.(...)”

Nessa linha de pensamento, podemos afirmar que a comunicação indireta, feita ao Conselho Seccional da Ordem dos Advogados do Brasil, por não ferir o “sentido teleológico da norma”, não causou nenhum prejuízo ao paciente. E se não há prejuízo, deve ser aplicada a referida regra, constante do art. 563 do CPP.

Impende considerarmos, portanto, que inexistentes as nulidades apontadas pelo impetrante/paciente, não há que se falar em falta de justa causa para o seu indiciamento. Em outras palavras, não há razões para trancar o inquérito policial instaurado em seu desfavor.

Por derradeiro, quanto à alegação de que esse paciente não praticou o delito pelo qual foi indiciado, eis que, segundo ele, as armas apreendidas não eram de sua propriedade, entendemos que a matéria não pode ser debatida na via estreita do *habeas corpus*, por exigir demorada análise do material cognitivo que se adensa no contexto dos autos da ação criminal.

O próprio STJ, em caso semelhante, já decidiu da seguinte maneira:

EMENTA: “*HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO - PRISÃO EM FLAGRANTE -. LIBERDADE PROVISÓRIA - CONSTRANGIMENTO ILEGAL – INOCORRÊNCIA-(...) Negativa de autoria que esbarra na impossibilidade de exame aprofundado de provas na via estreita do *habeas corpus* e que vai de encontro aos documentos acostados aos autos. Observando ter o decreto de custódia cautelar se fundado em indícios suficientes de autoria e certeza do delito, a que acresce a necessidade de manter-se a ordem pública, descogita-se, no caso, de constrangimento ilegal. Primariedade, bons antecedentes e residência fixa que não elidem, isoladamente, a custódia cautelar, quando presentes os requisitos autorizadores da medida. Ordem denegada.” (STJ- HC 17526, Rel. Min. JOSÉ ARNALDO DA FONSECA DJ DATA:04/02/2002 PG:00439).

Também já o fez como adiante se vê:

EMENTA: “RHC. HOMICÍDIO QUALIFICADO. (...). DISCUSSÃO ACERCA DA MATERIALIDADE E DA AUTORIA. TEMAS MERITÓRIOS. INADEQUAÇÃO DA VIA. CONTINUIDADE DA PRISÃO. NATUREZA DO CRIME E REPERCUSSÃO. REQUISITOS PRESENTES. ORDEM PÚBLICA. (...). O procedimento de *habeas corpus* não cauciona teses em torno do mérito ou daquelas em que o exame probatório é exigência natural do debate. *In casu*, as discussões acerca da autoria e da impropriedade do flagrante conclamam uma via de cognição plena, sendo, por isso, inviável submetê-las aos parâmetros da via célere mandamental, ainda mais quando os indícios do processo apontam em sentido contrário à proposição da defesa. (...)” (STJ-RHC 15.793, Rel. Min. José Arnaldo da Fonseca, DJ 10/05/2004).

Diante do exposto, em consonância parcial com o parecer da douta Procuradoria-Geral de Justiça, votamos no sentido de que seja conhecida, mas denegada a ordem impetrada.

É o nosso voto.

Fortaleza, 08 de junho de 2007.

¹Art. 7º - São direitos do advogado: (...); IV- ter a presença de representante da OAB, quando preso em flagrante, por motivo ligado ao exercício da advocacia, para a lavratura do auto respectivo, sob pena de nulidade e, nos demais casos, a comunicação expressa à seccional da OAB.”

²Art. 7º - São direitos do advogado: (...) - II- ter respeitada, em nome da liberdade de defesa e do sigilo profissional, a inviolabilidade de seu escritório ou local de trabalho, (...) salvo caso de busca ou apreensão determinada por magistrado e acompanhada de representante da OAB”

³Art. 7º - São direitos do advogado: (...) - II- ter respeitada, em nome da liberdade de defesa e do sigilo profissional, a inviolabilidade de seu escritório ou local de trabalho, (...) salvo caso de busca ou apreensão determinada por magistrado e acompanhada de representante da OAB”

⁴Art. 7º - São direitos do advogado: (...); IV- ter a presença de representante da OAB, quando preso em flagrante, por motivo ligado ao exercício da advocacia, para a lavratura do auto respectivo, sob pena de nulidade e, nos demais casos, a comunicação expressa à seccional da OAB.”

Nº 2007.0002.9251-4 : HABEAS CORPUS CRIME (CAMOCIM)
IMPETRANTE: RICARDO DE ALMEIDA PRADO FILHO (DEF. PÚBLICO)
IMPETRADO: JUIZ DE DIREITO DA 1ª VARA DE CAMOCIM
PACIENTE: WENDELL VASCONCELOS RODRIGUES
RELATORA: DESEMBARGADORA HUGUETTE BRAQUEHAIS

EMENTA: HABEAS CORPUS CRIME

1. PROGRESSÃO DE REGIME PRISIONAL – IMPROPRIEDADE DO MEIO ESCOLHIDO – NÃO CONHECIMENTO - HAVENDO EXAME DE ELEMENTOS SUBJETIVOS, INCABÍVEL SE MOSTRA A UTILIZAÇÃO DO MANDAMUS PARA ALCANÇAR A PROGRESSÃO PRETENDIDA -

2. AUTORIDADE IMPETRADA QUE, ATENTA ÀS ALTERAÇÕES TRAZIDAS PELA LEI N. 11.464/2007, PASSA ADMITIR A PROGRESSÃO ALMEJADA

3. ORDEM QUE SE CONCEDE DE OFÍCIO, NO ENTANTO, PARA, TÃO-SOMENTE, DETERMINAR À AUTORIDADE EM REFERÊNCIA QUE APLIQUE A REGRA PREVISTA NO ART. 112 DA LEP E NÃO O ART. 2º, § 2º DA LEI 8.072/90.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de *Habeas Corpus*, acordam os Desembargadores da 2ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, por votação unânime, em CONCEDER DE OFÍCIO a ordem, em conformidade com o voto da Relatora.

RELATÓRIO

Trata-se de *habeas corpus* impetrado pelo Defensor Público Ricardo de Almeida Prado Filho em favor de WENDELL VASCONCELOS RODRIGUES, qualificado nos autos, que, segundo consta, foi condenado pela

prática do crime tipificado no art. 121, § 2º, I e III do Código Penal.

Aduz, na inicial do *mandamus*, em síntese, que o referido paciente tem direito à progressão de regime, devendo, portanto, ser aplicado, ao presente caso, a decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal, a qual decretou a inconstitucionalidade, *incidenter tantum*, do § 1º do art. 2º da Lei n.º 8.072/90.

Ao final da impetração, requer a procedência do pedido, para que se conceda ao paciente o direito à progressão de regime prisional.

A autoridade impetrada, após ser notificada, prestou as seguintes informações:

- a) que, após o advento da Lei n.º 11.464/2007, “(...) *prevendo de forma expressa a progressão do regime para os crimes hediondos após o cumprimento de 2/5 da pena, o Juiz das Execuções Penais de Camocim já aplicou o novo preceito refazendo os cálculos das penas de todos os réus condenados ao regime fechado por crimes hediondos, tendo sido diversos réus beneficiados pela progressão de regime ainda este mês (...)*”;
- b) que o paciente, para ter direito à progressão de regime, deverá ainda cumprir quatro anos, nove meses e dezoito dias de pena em regime fechado;
- c) que a nova lei em questão “(...) *deve acabar com a discussão jurídica sobre a progressão ou não das penas dos crimes hediondos, e por uma vez na vida, o Legislativo vem a facilitar o trabalho do Poder Judiciário, o que deve descongestionar os juízos de execução e as Cortes Criminais de uma série de pedidos e processos. (...)*”;
- d) que proferiu novo despacho, “(...) *sob a égide da nova Lei beneficiadora, prevendo data para a progressão do regime do réu (...)*”.

A douta Procuradoria-Geral de Justiça, em parecer exarado às fls. 68/71, manifestou-se pelo não conhecimento da impetração, ao entendimento de que “(...). *Até 29 de março do ano corrente, a nova lei 11.464/2007 já admite a progressão, portanto mais benéfica que o regime de vedação da lei dos crimes hediondos; o certo é que a decisão do STF possui, enquanto controle difuso, efeito ERGA OMNES, ‘EX NUNC’, portanto, se aplicando para casos futuros, até alteração do novo regime. Se considerarmos o regime de vedação à progressão em vigor à época do cometimento do crime em deslinde, ou seja, 04/04/2004, a previsão de progressão no regime de 2/5*

(dois quintos) de pena é mais benéfico, por isso deve retroagir para alcançá-lo nos termos do mandamento constitucional do art. 5º, inc. XL da CF/88 c/ c Parágrafo Único do art. 2º do C. Penal. (...)”.

Era o que tínhamos a relatar.

VOTO

Inicialmente, precedendo o ingresso na seara meritória, cumpre-nos perquirir acerca dos pressupostos hábeis ao trâmite do remédio heróico, como a legitimidade *ad causam*, a possibilidade jurídica do pedido e o interesse de agir, em seu binômio utilidade e necessidade.

Na espécie, carece examinarmos se há adequação do *mandamus* à pretensão almejada, uma vez que tal pressuposto consiste em requisito de admissibilidade ínsito ao interesse de agir.

Para Julio Fabbrini Mirabete, “*falta legítimo interesse quando o pedido de habeas corpus é inadequado à providência que o impetrante pretende obter*” (in Código de Processo Penal Interpretado, 9 ed., São Paulo: Atlas, 2002, p. 1.677).

Dessa forma, clarifica-se que a adequação do pleito deve ser avaliada previamente à incursão no mérito, ainda em juízo de admissibilidade, não cabendo o conhecimento do *writ* acaso inadequado o meio escolhido.

Feitas tais considerações, cabe notar que a questão trazida à baila, respeitante à progressão de regime, envolve apreciação de elemento objetivo (cumprimento de pelo menos um sexto da pena) e subjetivo (merecimento).

Poder-se-ia afirmar que, com o advento da Lei n.º 10.792/2003, objetivou-se o requisito do merecimento, uma vez que a atual redação do artigo 112 da Lei de Execução Penal apenas exige o bom comportamento carcerário, comprovado pelo diretor do estabelecimento. Aliás, o texto original trazia como requisito o mérito do condenado, termo, porém, vago que dava ensejo à interpretação valorativa.

Não obstante, a doutrina e a jurisprudência predominante vêm entendendo que o preceptivo inovador não exclui o subjetivismo próprio ao livre convencimento do julgador, o qual prestigia o princípio da individualização da pena.

Acerca do tema em debate, Guilherme de Souza Nucci assegura que “*a individualização é preceito constitucional, não podendo o legislador ordinário afastar o juiz das provas indispensáveis para a formação do seu convencimento. Logo, se entender viável, deve o magistrado requisitar a*

realização do exame criminológico, especialmente para os autores de crimes violentos, não sendo obrigado a confiar no atestado expedido pela direção do presídio” (in Manual de Processo e Execução Penal, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 943).

Portanto, na hipótese em riste se nos afigura indispensável a valoração e incursão nos aspectos subjetivos, o que não condiz com os estreitos lindes que circundam o rito procedimental do *habeas corpus*.

A questão em apreço, pelo que pudemos constatar, já foi objeto de deliberação em diversas Cortes, em cujo âmbito restou firmado o entendimento consignado nos julgados adiante transcritos, *in verbis*:

STJ: “O *habeas corpus* não se presta ao exame de questão relativa a progressão de regime prisional situada no domínio dos fatos.” (RSTJ 28/175)

STJ: “1. O *habeas corpus* é um instrumento de dignidade constitucional destinado a garantir o direito de locomoção, violado ou ameaçado por ato ilegal ou abusivo de poder. 2. Inviável a concessão do *writ* quando a pretensão nele veiculada concerne a pedido de mudança de regime prisional.” (RSTJ 72/116)

TJSP: “*Habeas corpus*. Objetivo. Progressão de regime prisional ou liberdade provisória. Exame dos elementos subjetivos – Inadequação da via eleita – Impetração não conhecida.” (JTJ 199/160)

Assim, inexistindo interesse de agir, na feição da adequação do pedido, não há que se adentrar em aspectos de mérito visando a concessão da progressão de regime prisional.

Ademais, a nosso sentir, falta interesse de agir, também, em face da entrada em vigor da Lei n.º 11.464, de 29 de março de 2007, que, dentre outras providências, modificou o § 2º do art. 2º, da Lei n.º 8.072/90¹, para permitir a possibilidade de progressão de regime para os condenados pela prática de crimes hediondos e equiparados.

De outra banda, vislumbra-se que a autoridade impetrada, atento às recentes mudanças legislativas, informou que passou a aplicar a Lei n.º 11.464/2007 de forma retroativa, eis que se trata de lei mais benéfica. Ou seja, atualmente,

segundo ele, de acordo com a lei em comento, para progredir de regime, o condenado precisa cumprir dois quintos (2/5) da penas, se primário, e três quintos (3/5) se reincidente.

Nesse ponto, não podemos esquecer que, no dia 23/02/2006, o Plenário do Supremo Tribunal Federal, no julgamento do HC 82.959/SP, declarou, *incidenter tantum*, por 6 votos a 5, a inconstitucionalidade do parágrafo 1º, do artigo 2º, da Lei n.º 8.072/90, e, portanto, afastou o regime integralmente fechado para cumprimento da pena em crimes hediondos ou a eles equiparados.

Entendeu-se, naquela ocasião, que a vedação de progressão de regime prevista na norma impugnada afronta o direito à individualização da pena (CF, art. 5º, LXVI), já que, ao não permitir que se considerem as particularidades de cada pessoa, a sua capacidade de reintegração social e os esforços aplicados com vistas à ressocialização, acaba tornando inócua a garantia constitucional.

Ressaltou-se, também, que o dispositivo impugnado apresenta incoerência, porquanto impede a progressividade, mas admite o livramento condicional após o cumprimento de dois terços da pena (Lei n. 8.072, art. 5º).

Assim sendo, embora o crime cometido pelo paciente ainda mantenha sua hediondez (Art. 1º, I, *in fine*, da Lei n.º 8.072/90), por sua gravidade, não podemos deixar de levar em consideração o *leading case* em face do qual o Supremo Tribunal Federal, como já mencionamos, admitiu a progressão de regime em casos como o dos presentes autos. Donde a conclusão de que, uma vez declarada a inconstitucionalidade do referido dispositivo legal, deveria ser aplicada, para fins de progressão de regime, a fração prevista no *caput* do art. 12 da Lei de Execuções Penais².

Há de se reconhecer, no entanto, que a aplicação dessa fração prescrita na LEP já começa a dividir a opinião de doutrinadores e juristas pátrios, tendo em vista que a decisão do Supremo Tribunal Federal, proferida em sede de controle difuso, não tem efeito *erga omnes*.

Sobre o tema, apesar das opiniões em contrário, já firmamos o nosso posicionamento no sentido de que, em nome do princípio da isonomia e em face do *leading case* do STF, deve ser aplicado, efetivamente, o art. 112, *caput* da Lei de Execuções Penais.

Para dar maior força a este nosso posicionamento, permitimo-nos transcrever trechos de um artigo do Professor e Doutor em Direito Penal, Luiz Flávio Gomes, *verbis*³:

“Progressão de regime nos crimes hediondos e equiparados: o § 1º do art. 2º da Lei 8.072/1990 dizia que a pena (nesses casos)

seria cumprida integralmente em regime fechado. Por força da nova redação dada ao mesmo § 1º a pena será cumprida inicialmente em regime fechado. Ou seja: o novo diploma legal veio permitir progressão de regime nos crimes hediondos e equiparados. Aliás, no que diz respeito à tortura, isso já estava assegurado pela Lei 9.455/1997. A Súmula 698 do STF, entretanto, proibia a progressão em relação aos demais crimes hediondos. Ela acaba de perder sua eficácia (diante da Lei 11.464/2007).”

“Tempo diferenciado de cumprimento da pena: o § 2º do art. 2º da Lei 8.072/1990, introduzido pela Lei 11.464/2007, para a progressão de regime exige, nos crimes hediondos e equiparados, o cumprimento (diferenciado) de 2/5 da pena (40%), se o apenado for primário, e de 3/5 (60%), se reincidente. Antes, a única regra geral sobre o assunto era o art. 112 da Lei de Execução Penal (que fala em 1/6 da pena). Essa regra geral continua vigente e válida para todas as situações de progressão, ressalvados os crimes hediondos e equiparados, que se acham (agora) regidos por regra especial (princípio da especialidade). Lei especial, como se sabe, afasta a regra geral.”

“Crimes ocorridos a partir do dia 29.03.07: a Lei 11.464/2007 foi publicada dia 29.03.07. Entrou em vigor nessa mesma data. Cuidando-se de norma processual penal com reflexos penais, em sua parte prejudicial (*novatio legis in peius*) só vale para delitos ocorridos de 29.03.07 em diante. Em outras palavras: o tempo diferenciado de cumprimento da pena para o efeito da progressão (2/5 ou 3/5) só tem incidência nos crimes praticados a partir do primeiro segundo do dia 29.03.07.”

“Crimes ocorridos antes de 29.03.07: quanto aos crimes ocorridos até o dia 28.03.07 reina a regra geral do art. 112 da LEP (exigência de apenas um sexto da pena, para o efeito da progressão de regime). Aliás é dessa maneira que uma grande parcela da Justiça brasileira (juízes constitucionalistas) já estava atuando, por força da declaração de inconstitucionalidade do antigo § 1º do art. 2º da Lei 8.072/1990, levada a cabo pelo Pleno do STF, no HC 82.959. Na prática isso significava o seguinte: o § 1º citado continuava vigente, mas já não

era válido. Os juízes e tribunais constitucionalistas já admitiam a progressão de regime nos crimes hediondos, mesmo antes do advento da Lei 11.464/2007.”

“**Retroatividade da parte benéfica da nova lei:** a lei que acaba de ser mencionada passou a (expressamente) admitir a progressão de regime nos crimes hediondos e equiparados. Nessa parte, como se vê, é uma lei retroativa (porque benéfica). Desse modo, todos os crimes citados passam a admitir progressão de regime (os posteriores e os anteriores à lei nova). Até mesmo os legalistas veriam absurdo incomensurável na impossibilidade de progressão de regime nos crimes anteriores. Quando uma lei nova traz algum benefício para o réu, ela é retroativa. Mas qual é o tempo de cumprimento de pena em relação a esses crimes ocorridos antes da lei nova? Só pode ser o geral (LEP, art. 112, um sexto). Não se pode fazer retroagir a parte maléfica da lei nova (que exige maior tempo de cumprimento da pena para o efeito da progressão).”

Diante do exposto, emitimos nosso voto, em princípio, pelo NÃO CONHECIMENTO do *mandamus* nos moldes em que foi apresentado, mas, CONCEDENDO DE OFÍCIO a ordem para, tão-somente, determinar à autoridade impetrada que, para fins de progressão de regime prisional do paciente, aplique o disposto no art. 112, *caput*, da Lei n.º 7.210/84, e não o art. 2º, § 2º da Lei n.º 8.072/90, com a redação dada pela Lei n.º 11.464/2007.

É como votamos.

Fortaleza, maio de 2007.

¹§ 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. (Redação dada pela Lei nº 11.464, de 2007)

²Art. 112. A pena privativa de liberdade será executada em forma progressiva, com a transferência para regime menos rigoroso, a ser determinada pelo Juiz, quando o preso tiver cumprido ao menos 1/6 (um sexto) da pena no regime anterior e seu mérito indicar a progressão.

³GOMES, Luiz Flávio. Lei 11.464/07: *Liberdade provisória e progressão de regime nos crimes hediondos*. Disponível em: <http://www.lfg.blog.br>.03 abril. 2007

Nº 2008.0026.6669-0/0 PETIÇÃO DE *HABEAS CORPUS*
COMARCA: JAGUARUANA
IMPETRANTE: DIOGO AUGUSTO VIDAL PADRE
PACIENTE: FRANCISCO CLEITON GOMES DA SILVA
IMPETRADO: JUIZ DE DIREITO DA COMARCA
RELATOR: DES. EYMARD DE AMOREIRA

EMENTA: CONSTITUCIONAL. *HABEAS CORPUS*. PROPOSTA ACUSATÓRIA. EXCLUSÃO DE QUALIFICADORA. IMPOSSIBILIDADE.

1. O Magistrado por ocasião do despacho regrado poderá lançar mão do princípio da *jura novit curia*, o princípio de livre dicção do direito. Vale dizer, que o réu não se defende da capitulação dada ao crime na denúncia, mas sim da sua descrição fática, não ficando, portanto, vinculado à denúncia. Nesse sentido: STF: Denúncia. Capitulação errônea. Constrangimento inexistente. Desaforamento. A capitulação errônea da denúncia, sem vincular o Juiz, que pode dar definição jurídica diversa ao fato descrito, não representa constrangimento remediável em *habeas corpus*. (RT 607/399).
2. Ordem não conhecida. Decisão unânime.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de petição de *habeas corpus*, nº 2008.0026.6669-0/0, de Jaguaruana, em que é impetrante o Defensor Público Diogo Augusto Vidal Padre, paciente Francisco Cleiton Gomes da Silva, sendo impetrado o Juiz de Direito da comarca.

Acorda a Turma, por unanimidade de votos, em não conhecer da ação, nos moldes da preliminar levantada pela douta Procuradoria Geral de Justiça.

Francisco Cleiton Gomes da Silva, qualificado nos autos, estando denunciado perante o Juízo da comarca de Jaguaruana nas penas do art. 121, § 2º, incisos I e III c/c art. 14, II, todos do Código Penal Nacional, veio o Defensor Público com assento naquela unidade Judiciária, impetrar a presente ordem de *habeas corpus*, objetivando a concessão da ordem para excluir a segunda qualificadora constante da denúncia, em razão de o Promotor de Justiça não ter

esclarecido se o paciente está sendo acusado da qualificadora constante no inciso III ou daquela prevista no IV, do § 2º do art. 121 do Código Penal e nem, mesmo, descrito com precisão quais os fatos que ensejaram a inclusão da qualificadora na inicial acusatória.

Informações da autoridade apontada coatora dando conta da situação e marcha do processo fs. 40.

Parecer da d. Procuradoria Geral de Justiça às fs. 45/53, opinando pelo não conhecimento da ordem.

É o relatório.

O fato em questão, inclui-se naqueles de conhecimento acadêmico, não merecendo maiores ilações por parte desta Corte. Deveras, no crime de homicídio, o Juiz processante apenas admite a acusação pública, pronunciando o acusado conforme o seu convencimento.

Na hipótese, em deslinde, o Magistrado por ocasião do despacho regrado, poderá lançar mão do princípio da *jura novit curia*, o princípio de livre dicção do direito. Vale dizer, que o réu não se defende da capitulação dada ao crime na denúncia, mas sim da sua descrição fática, não ficando, portanto, vinculado à denúncia. Nesse sentido:

STF: “Denúncia. Capitulação errônea. Constrangimento inexistente. Desaforamento. A capitulação errônea da denúncia, sem vincular o Juiz, que pode dar definição jurídica diversa ao fato descrito, não representa constrangimento remediável em *habeas corpus*.” (RT 607/399).

Qualificadora diversa da capitulada – TJSP: “O art. 408, § 1º do CPP dispõe que na sentença de pronúncia o juiz declarará o dispositivo legal em cuja sanção julgar o réu. Logo, não fica ele adstrito ao tipo escolhido inicialmente pelo promotor” (RT 598/323).

Por tais considerações, merece não ser conhecido o presente *writ*, em face da sua inadequação para a questão que se propunha a remediar, nos termos da preliminar levantada pela d. Procuradoria Geral de Justiça.

É como voto.

Fortaleza, 04 de novembro de 2008.

Nº 2009.0001.8595-1/0 PETIÇÃO DE *HABEAS CORPUS*

COMARCA: FORTALEZA

IMPETRANTE: MAURO JÚNIOR RIOS

PACIENTE: ANTÔNIO NILTON DE SOUZA CAVALCANTE

IMPETRADO: JUÍZA DE DIREITO DA 1ª VARA DE DELITOS SOBRE TRÁFICO E USO DE SUBSTÂNCIAS ENTORPECENTES

RELATOR: DES. EYMARD DE AMOREIRA

EMENTA: CONSTITUCIONAL. *HABEAS CORPUS*. PENAL. PROCESSUAL. TRÁFICO DE DROGAS. PRISÃO EM FLAGRANTE E, NESTA CONDIÇÃO, ATRAVESSOU RECOLHIDO TODO O PROCESSO. SENTENÇA PENAL CONDENATÓRIA RECORRÍVEL. PARÁGRAFO ÚNICO DO ART. 387 DO CPP. FUNDAMENTAÇÃO ADEQUADA PARA O NOVO TÍTULO PRISIONAL.

1. Nessa consideração, quando em vigor o artigo 594 do Código de Processo Penal foi motivo, nos Tribunais Superiores, de inúmeras discussões em face da sua constitucionalidade frente ao que dispõe o artigo 5º, inciso LVII da Carta da República, respeitante a sentença condenatória e seus efeitos imediatos, até que, finalmente, foi revogado pela Lei nº 11.719/2008, sepultando, assim, a prisão decorrente de sentença penal recorrível.

2. Todavia, referida lei inseriu o Parágrafo Único ao art. 387 do CPP, segundo o qual “O juiz decidirá, fundamentadamente, sobre a manutenção ou, se for o caso, imposição de prisão preventiva ou de outra medida cautelar, sem prejuízo do conhecimento da apelação que vier a ser interposta”.

3. Logo, dúvidas inexistem de que a prisão preventiva passa a ser regulada tão-somente pelo art. 312 do Código de Processo Penal.

4. O direito de apelar em liberdade passa pela averiguação do art. 312 do Código de Processo Penal, não importando se o condenado se encontra em

liberdade ou recolhido. Vale dizer, o direito de apelar em liberdade somente é possível quando o condenado preenche os requisitos subjetivos e objetivos, de molde que, em liberdade, não venha a pôr em risco a paz pública.

5. Na hipótese *sub judice*, a decisão que negou ao paciente o direito de apelar em liberdade foi fincada diante dos requisitos autorizadores da prisão preventiva, haja vista os efeitos danosos à saúde pública, causado pelo tráfico de drogas.

6. Ordem denegada. Decisão unânime.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de petição de habeas corpus, nº 2009.0001.8595-1/0, de Fortaleza, em que é impetrante o advogado Mauro Júnior Rios, paciente Antônio Nilton de Souza Cavalcante, sendo impetrada a Juíza de Direito da 1ª Vara de Delitos sobre Tráfico e Uso de Substâncias Entorpecentes da comarca de Fortaleza.

Acorda a Turma, por unanimidade de votos, em conhecer da ação, mas para lhe denegar a ordem, nos termos do voto do Relator.

O advogado Mauro Júnior Rios, qualificado nos autos, subscreveu a presente ordem de habeas corpus liberatório, com pedido de medida liminar, em proveito do paciente Antônio Nilton de Souza Cavalcante, de igual modo qualificado nos autos, porque preso em flagrante de delito juntamente com as pessoas de Tatiane Américo Barbosa, Janaína Gerônimo dos Santos e Paulo Arthur Guimarães Mota, quando se encontravam na posse de pouco mais de 139 quilos de maconha, e, por tal conduta, foram denunciados no art. 33 da Lei nº 11.343/06 e condenados na forma da sentença de fs. 13/25, datada de 04 de setembro de 2008.

Alega o advogado impetrante que o paciente tem o direito subjetivo de apelar em liberdade, mormente porque interpôs recurso de apelação e, havendo o sucesso esperado, seria incalculável o prejuízo suportado em razão da pena decorrente de decisão rescindida, caracterizando aviltante ofensa à dignidade da pessoa humana.

Por último, pede a concessão da medida liminar e que, ao final, seja concedida a ordem para que o paciente se veja em liberdade, aguardando o desfecho da apelação (fs.02/12 e 36/37).

Às fs. 33/34, indeferi a medida liminar.

Informações da autoridade impetrada às fs. 39, dando conta de que o paciente foi condenado à pena de 08 (oito) anos de reclusão e multa, por infração ao art. 33 c/c art. 40 da Lei nº 11.343/06.

Parecer da douta Procuradoria Geral de Justiça às fs. 62/64, opinando pelo não conhecimento da ação.

É o relatório.

Como visto, precedentemente, o remédio heróico intentado visa alcançar o direito subjetivo do paciente de apelar em liberdade da decisão que o condenou a pena de 08 (oito) anos de reclusão, em regime inicialmente fechado e multa, por infração ao art. 33 c/c art. 40 da Lei nº 11.343/06.

A decisão perseguida, que impediu o paciente de apelar em liberdade, usou como fundamento o princípio a garantia da ordem pública, assim expondo, *verbis*:

Considerando a gravidade do delito, crime equiparado ao hediondo, cujos efeitos deletérios comprometem enormemente a ordem pública, a paz social e o convívio saudável da comunidade;

Considerando que as drogas são um dos principais responsáveis pelo desvio social dos jovens, que depois de torná-los dependentes químicos, levam-nos a se embrenhar no crime para sustentar o vício, causando a desestruturação de famílias e pondo em pânico a sociedade;

Considerando, ainda, que se mantêm integralmente os motivos ensejadores do cárcere dos condenados que responderam a todo o processo presos, nego aos réus Paulo Arthur Guimarães Mota e Antônio Nilton de Souza Cavalcante o direito de recorrer da sentença em liberdade (fs. 24).

Nesse panorama, quando em vigor o artigo 594 do Código de Processo Penal foi motivo, nos Tribunais Superiores, de inúmeras discussões em face da sua constitucionalidade frente ao que dispõe o artigo 5º, inciso LVII da Carta da República, respeitante à sentença condenatória e seus efeitos imediatos, até que, finalmente, foi revogado pela Lei nº 11.719/2008, sepultando, assim, a prisão decorrente de sentença penal recorrível.

Todavia, referida lei, inseriu o parágrafo único ao art. 387 do CPP, segundo o qual “*O juiz decidirá, fundamentadamente, sobre a manutenção ou, se for o caso, imposição de prisão preventiva ou de outra medida cautelar, sem prejuízo do conhecimento da apelação que vier a ser interposta*”.

Logo, dúvidas inexistem de que a prisão preventiva passa a ser

regulada tão-somente pelo art. 312 do Código de Processo Penal.

O direito de apelar em liberdade passa pela averiguação do art. 312 do Código de Processo Penal, não importando se o condenado se encontra em liberdade ou recolhido. Vale dizer, o direito de apelar em liberdade somente é possível quando o condenado preenche os requisitos subjetivos e objetivos, de molde que, em liberdade, não venha a pôr em risco a paz pública.

Na hipótese *sub judice*, a decisão que negou ao paciente o direito de apelar em liberdade foi animada diante dos requisitos autorizadores da prisão preventiva, haja vista os efeitos danosos à saúde pública causados pelo tráfico de drogas.

Sobre o tema, negativa do direito de apelar em liberdade, quando presentes os motivos do decreto prisional, os Tribunais Superiores têm aconselhado, *verbis*:

PENAL. RECURSO ORDINÁRIO EM *HABEAS CORPUS*. CONDENAÇÃO PELO CRIME DO ART. 289, § 1º, DO CP, DIREITO DE APELAR EM LIBERDADE. INEXISTÊNCIA. PRESENÇA DE HIPÓTESE PREVISTA NO ART. 312 DO CPP.

I. O direito de apelar em liberdade pode ser denegado, ainda que o réu permaneça solto durante a instrução criminal, nas hipóteses em que se evidência, no momento da prolação da sentença condenatória, qualquer das hipóteses previstas no art. 312 do CPP.

II. Resta devidamente fundamentada a decisão que decretou a prisão preventiva do recorrente, com expressa menção à situação concreta que se caracteriza pela garantia da ordem pública, em virtude da reiterada atividade delitiva, que demonstra a possibilidade de prática de novos delitos (Precedentes).

III. Ordem denegada. (STJ – RHC 20.465?sp. Rel. Ministra Laurita Vaz, Rel. p/Acórdão Ministro Félix Fischer, Quinta Turma, julgado em 20.11.2007, DJ 18.02.2008 p. 43).

Desse modo, não ostentando a prisão do paciente nenhum constrangimento ilegal corrigível via remédio heróico, denego a ordem impetrada. É como voto.

Fortaleza, 17 de março de 2009.

Nº 2009.0008.3990-0/0: PETIÇÃO DE *HABEAS CORPUS*
COMARCA DE FORTALEZA
IMPETRANTES: PAULO NAPOLEÃO GONÇALVES QUEZADO E
OUTRO
PACIENTE: AURICILENE FERREIRA VIANA
IMPETRADO: JUIZ DE DIREITO DA 2ª VARA DE DELITOS SOBRE
TRÁFICO DA COMARCA
RELATORA: DESA. MARIA ESTELA ARAGÃO BRILHANTE

EMENTA: *HABEAS CORPUS*. PEDIDO DE EXTENSÃO. ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA. TRÁFICO INTERESTADUAL DE DROGAS E LAVAGEM DE DINHEIRO. PRISÃO PREVENTIVA. ALEGADA AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO. IMPROCEDÊNCIA. GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA E CONVENIÊNCIA DA INSTRUÇÃO CRIMINAL. ORDEM DENEGADA.

1. A decisão combatida respeitou os princípios constitucionais e as determinações infraconstitucionais no tocante a efetiva fundamentação das prisões cautelares, principalmente quando apontou o inquérito policial como justificativa para a medida excepcional, não havendo, portanto, qualquer ilegalidade a ser sanada através do presente remédio constitucional.

2. Mostra-se devidamente fundamentada a custódia cautelar decretada para **garantia da ordem pública** e por conveniência **da** instrução criminal, máxime diante dos fortes indícios **de** que a acusada tem efetiva participação em **organização criminosa**, na qual desempenha importante função.

3. Eventuais condições pessoais favoráveis à paciente, tais como primariedade, bons antecedentes, residência fixa e profissão definida, por si sós, não obstam a constrição cautelar, quando outros elementos existentes nos fólios recomendam a sua manutenção, como ocorre no caso em mesa.

4. Ausência de situações objetivamente semelhantes.

5. Pedido de extensão denegado.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de petição de *habeas corpus* nº. 2009.0008.3990-0 de Fortaleza em que são impetrantes os advogados Paulo Napoleão Gonçalves Quezado e Henrique Gonçalves de Lavor Neto, paciente Auricilene Ferreira Viana, sendo impetrada a Juíza de Direito da 2ª Vara de Delitos Sobre Tráfico desta Comarca.

Acorda a Turma, por unanimidade de votos, em conhecer do presente *habeas corpus* e denegar o pedido de extensão requerido, tudo em conformidade com o parecer da Procuradoria Geral de Justiça e voto da Relatora.

Cuida-se de *habeas corpus* liberatório impetrado em favor da paciente acima nominada contra suposto ato ilegal praticado pela Juíza de Direito da 2ª Vara de Delitos Sobre Tráfico da Comarca de Fortaleza.

Em síntese, alegam os impetrantes que a paciente está presa preventivamente por ordem da autoridade impetrada desde o dia 03/12/2008, decorrente da operação *fast food* da Polícia Federal, que culminou com a decretação da prisão preventiva de 26 (vinte e seis pessoas). Aduzem que no dia 22/12/2008, foi impetrado *Habeas Corpus* em favor da corré Pâmela Nunes Pereira, sob a alegação de ausência de fundamentação na decisão que decretou a custódia cautelar, cuja ordem restou deferida (fls. 11 *ut* 17). Argumentam que a paciente encontra-se na mesma situação da acusada libertada e que o motivo ensejador da concessão do referido *writ* é de caráter puramente objetivo. Acrescentam, ainda, que são favoráveis as condições pessoais subjetivas, pois a suplicante é primária, detentora de bons antecedentes, com profissão lícita definida e residência fixa.

O feito foi inicialmente distribuído à ilustre Desa. Maria Sirene de Souza Sobreira, a qual se declarou impedida de funcionar no *mandamus*, porquanto um dos impetrantes é seu genro (fl. 44), sendo então redistribuído o *writ* à eminente Desa. Lúcia Maria do Nascimento Fiúza Bitu (fl. 45).

Liminar denegada (fls. 47 a 48).

Informações da autoridade impetrada (fl. 50), acompanhadas dos documentos de fls. 51 a 202.

No parecer de fls. 204 *usque* 211, a Procuradoria Geral de Justiça opina pelo indeferimento da ordem requerida.

Com a aposentadoria da Desa. Lúcia Maria do Nascimento Bitu, o *mandamus* foi encaminhado, por sucessão, ao Des. Francisco Gurgel Holanda, que determinou sua redistribuição a esta relatoria considerando que o *Habeas Corpus* nº 2008.0040.0877-0, do qual pleiteiam a extensão, foi originariamente distribuído à Desa. Huguete Braquehais, de quem sou sucessora, vindo-me então os fólios conclusos para apreciação.

É o relatório.

Conforme relatado, pretendem os impetrantes a extensão do benefício concedido à corré Pâmela Nunes Pereira no HC nº 2008.0040.0877-0, porquanto o deferimento do *mandamus* baseou-se em critério puramente objetivo, qual seja a ausência de fundamentação no decreto preventivo.

Entretanto, entendo que não merece prosperar as alegações dos impetrantes, haja vista que a decisão combatida restou fundamentada e baseada em dados concretos apurados durante a investigação realizada pela Polícia Federal na denominada operação *fast food* (Inquérito Policial nº. 434/2006), tendo assim se manifestado a Magistrada, *verbis*:

(...)

A criteriosa investigação policial de que nos dá conta a presente representação, traduz-se num substancial acervo probatório apto ao desbaratamento de uma organização criminosa com repercussão interestadual, cuja mola propulsora é o tráfico de drogas, além de outros ilícitos que comumente gravitam em torno de tão nefasto crime.

Nesse passo, forçoso concluir que esta é uma das poucas operações, de que se teve conhecimento nesta vara, onde foram alcançados os “cabeças” da organização criminosa.

Conforme apurado Gelson Lima Carnaúba e Francisco Adriano dos Santos Lima são de fato os líderes da empresa criminosa, cujos colaboradores atuam tanto nesta capital como na cidade de Manaus/AM (anexo I).

Estamos diante de uma investigação com resultados concretos, na medida em que no seu curso evitou-se difusão de grande quantidade de drogas (anexo II).

Como não bastasse, os diálogos constantes dos fólios revelam a ocorrência de “lavagem de dinheiro sujo” proveniente do tráfico de drogas (anexo III).

Assim é que, diante dos fortes indícios da autoria e provada à existência dos crimes relatados, além da gravidade do que aqui apurado, não se podendo perder de perspectiva a concreta possibilidade de que os implicados em liberdade dificultarão o máximo possível o desenrolar da vindoura ação penal, portanto estão presentes os requisitos ensejadores da prisão preventiva, cuja necessidade assenta-se por conveniência da instrução criminal e garantia da ordem pública, nos termos dos arts. 311 e 312 do CPP, cujo deferimento é medida que se impõe.

(...)

Da análise da decisão observa-se que foram suficientemente demonstrados o preenchimento dos pressupostos, quais sejam: prova da

materialidade delitiva e indícios suficientes de autoria e dos fundamentos ensejadores da prisão preventiva, que são: garantia da ordem pública ou econômica, conveniência da instrução criminal e assegurar a aplicação da lei penal, exigidos no art. 312 do Código de Processo Penal.

Os pressupostos restaram atendidos quando a autoridade impetrada mencionou o nome dos líderes da empresa criminosa e realçou o apoio dos colaboradores que atuavam tanto nesta capital como na Cidade de Manaus, apontando o anexo I como documento que apresenta os colaboradores, assim como suas condutas.

A participação da paciente e sua conduta nos crimes apurados encontram-se assim relatadas no anexo I, mencionado pela autoridade impetrada em sua decisão:

(...)

AURICILENE FERREIRA VIANA, vulgo “PINGA”, mulher de FRANCISCO ADRIANO, colabora com ele nas negociatas de drogas, além de manter em seu nome e dissimular a origem de bens obtidos com o lucro do tráfico de drogas; (fl. 115).

(...)

Em várias interceptações na Operação *FAST FOOD* restou patente a participação da esposa de FRANCISCO ADRIANO DOS SANTOS LIMA, vulgo “PINGA”, no tráfico de drogas.

A exemplo disso podemos mencionar o diálogo interceptado dias antes do flagrante que constitui os autos do IPL 1355-2006, já mencionado acima quando BAURU pede para o traficante VAVA entregar a amostra da droga (a ‘fotografia’ da droga) para PINGA e deixá-la na Comunidade Por do Sol. (fl. 132).

Há de se ressaltar ainda que em mencionado anexo existem transcrições de interceptações telefônicas que comprovam os indícios de autoria em relação à paciente, seja conversando sobre negociação de drogas, seja colaborando com o tráfico (avisando ao marido para não entrar na favela, por conta da presença de uma viatura da polícia), seja realizando depósitos bancários para pagar carregamento de cocaína (fl. 133).

Diferentemente da conclusão chegada no *Habeas Corpus* apontado como paradigma, entendo que não obstante a Magistrada *a quo* não tenha apontado de forma expressa o nome da paciente e descrito a sua conduta quando da decretação da custódia preventiva, ao indicar o anexo I como fonte para suas conclusões, tal omissão restou suprida, porquanto vinculou sua decisão a mencionado documento, o qual repita-se, demonstra satisfatoriamente o nome dos colaboradores, dentre eles a paciente, assim como estão descritas suas respectivas condutas.

No que pertine aos fundamentos, estes também restaram demonstrados, pois a autoridade impetrada mencionou expressamente que os diálogos constantes dos fôlios revelam a ocorrência da “lavagem do dinheiro sujo”, proveniente do tráfico de drogas, conforme consta do anexo III, acrescentando que a concreta possibilidade dos investigados ficarem em liberdade dificultará o desenrolar da ação penal, justificando então o decreto na conveniência da instrução criminal e na garantia da ordem pública.

Ademais, como bem asseverou a douta Procuradora de Justiça em sua manifestação, patente é a presença dos requisitos da prisão preventiva, para garantir a sustentação da ordem pública, porquanto a paciente foi denunciada por fatos gravíssimos, sendo integrante de uma organização criminosa com atuação interestadual no tráfico de drogas, razão pela qual deve prevalecer no caso o princípio *in dubio pro societate*, sendo temerário conceder à paciente o benefício pleiteado.

Ressalte-se, ainda, que de acordo com os documentos acostados às informações, a paciente participava ativamente dos negócios da organização, tanto no tráfico de drogas propriamente dito, quanto na lavagem de dinheiro, sendo assim relatada sua conduta na denúncia:

A denunciada AURICILENE FERREIRA VIANA, conhecida por “PINGA”, mulher do denunciado FRANCISCO ADRIANO, colaborava com ele nas negociatas de drogas, além de manter em seu nome e dissimular a origem de bens obtidos com o lucro do tráfico de drogas. (fl. 58).

Outrossim, no anexo III da investigação que subsidiou o decreto preventivo, que trata da lavagem de dinheiro com o lucro obtido do tráfico de drogas, restou efetivamente demonstrada a participação da paciente, senão vejamos:

Conforme diligências realizadas no decorrer da Operação *FAST FOOD*, constatou-se que os chefes das Organizações Criminosas, BAURU e GELSON, e suas famílias, mantêm um padrão de vida elevado, circulando sempre em carros de luxo e usufruindo de moradias em mais de um local, inclusive em bairros nobres.

Só para exemplificar, conforme Ofício da revendedora Mitsubishi Motos – MITO nesta Capital, datado de 19/11/2008, a mulher de BAURU, AURICILENE FERREIRA VIANA, comprou em 10/10/2008 um veículo no valor de R\$ 150.000,00, pagando à vista e em espécie. (fl. 197). (grifou-se).

Em situações deste jaez, quando a prisão é decretada para a garantia da ordem pública, assim tem se manifestado o STJ, *verbis*:

PROCESSO PENAL. *HABEAS CORPUS*. TRÁFICO E ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO DE DROGAS. COMÉRCIO ILEGAL DE ARMA DE FOGO. (...) 2. PRISÃO PREVENTIVA. CAUTELARIDADE. ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA. GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA. CONSTRANGIMENTO. NÃO OCORRÊNCIA. (...) 4. ORDEM DENEGADA. (...) 2. O decreto de prisão preventiva que alinha a existência de numerosa organização criminosa voltada para a prática de tráfico de entorpecentes, cuja ação abarcava uma gama de situações de grupos estruturados, como lastro para a prisão preventiva, sob o epíteto de garantia da ordem pública, mostra-se em sintonia com a jurisprudência desta Corte, não evidenciando constrangimento ilegal. (...) 4. Ordem denegada. (STJ, HC 109588 / RJ, Relatora Ministra Maria Thereza de Assis Moura, T5 – Quinta Turma – j. 07/05/2009, DJe 25/05/2009).

HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. CORRUPÇÃO ATIVA. PRISÃO PREVENTIVA. GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. CONVENIÊNCIA DA INSTRUÇÃO CRIMINAL. DECISÃO FUNDAMENTADA. PERICULOSIDADE SOCIAL. EFETIVA E RELEVANTE PARTICIPAÇÃO EM ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA. ORDEM DENEGADA. 1- Mostra-se devidamente fundamentada a custódia cautelar decretada para garantia da ordem pública e por conveniência da instrução criminal, notadamente diante dos fortes indícios de que o acusado tem efetiva e importante participação em organização criminosa, com atuação em diversas cidades e grande poder financeiro, evidenciando sua concreta periculosidade social. 2 - Circunstâncias pessoais favoráveis, tais como primariedade, profissão definida e residência fixa, por si sós, não são suficientes para afastar a necessidade da custódia cautelar, caso presentes os requisitos ensejadores da prisão preventiva. Precedentes. 3 - *Habeas corpus* denegado. (STJ, HC 89468/RJ, Relator Ministro Paulo Galotti, T6 – 6ª Turma – j. 21/08/2008, DJe 15/09/2008).

Saliente-se, por oportuno, que eventuais condições pessoais

favoráveis à paciente, tais como primariedade, bons antecedentes, residência fixa e profissão definida, por si sós, não obstam a constrição cautelar, quando outros elementos existentes nos fólios recomendam a sua manutenção, como ocorre no caso em mesa.

Por fim, deve ser ressaltado que esta egrégia Câmara Criminal, em votação unânime, acompanhando o voto da eminente Relatora Desa. Maria Sirene de Souza Sobreira, na Sessão do dia 25 de maio próximo passado, denegou os pedidos de extensão formulados por Carlos Albino Sampaio da Silva (2009.0008.4517-0/0) e Francisco Cláudio Ferreira Viana (2009.0008.4515-3/0), cujo acórdão deste último foi assim ementado, *verbis*:

EMENTA: PROCESSUAL PENAL. *HABEAS CORPUS*. PEDIDO DE EXTENSÃO. TRÁFICO INTERESTADUAL DE SUBSTÂNCIA ENTORPECENTE. PRISÃO PREVENTIVA. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO. INOCORRÊNCIA. ORDEM DENEGADA.

1. Embora medida excepcional, a prisão do acusado antes do trânsito em julgado da ação penal é possível desde que presentes os pressupostos e fundamentos legais e estes estejam devidamente consubstanciados em provas idôneas presentes nos autos.
2. Não se revela incompatível com o estabelecido no art. 93, IX da Constituição Federal o decreto de prisão preventiva posto que motivada em elementos concretos e idôneos presentes nos autos que demonstram a necessidade de garantir a ordem pública e assegurar a instrução criminal.
3. Inexistência de situações objetivamente semelhantes.
4. Pedido de extensão denegado.

Dessarte, considerando que as recentes decisões desta Câmara Criminal melhor apreciaram os fundamentos constantes da decisão combatida e que esta respeitou os princípios constitucionais e as determinações infraconstitucionais no tocante a efetiva fundamentação das prisões cautelares, principalmente quando apontou o inquérito policial como justificativa para a medida excepcional, entendo não haver qualquer ilegalidade a ser sanada através do presente remédio constitucional.

POSTO ISSO, em consonância com o lúcido parecer do Ministério Público de 2º Grau, conheço do pedido de extensão, mas denego-lhe provimento. É como voto.

Fortaleza, 08 de junho de 2009.

PROCESSO Nº.: 2009.0026.0271-1/0
TIPO DE PRODESSO: *HABEAS CORPUS* CRIME
COMARCA: SÃO GONÇALO DO AMARANTE/CE
IMPETRANTE: DEFENSORIA PÚBLICA
PACIENTE: ALEXANDRO BEZERRA LIMA
AUTORIDADE COATORA: JUÍZO DA VARA ÚNICA DA COM. DE SÃO
GONÇALO DO AMARANTE/CE
RELATOR: DES. FRANCISCO GURGEL HOLANDA

EMENTA: *HABEAS CORPUS*. PROCESSO PENAL. TRANCAMENTO DE AÇÃO PENAL. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. APLICAÇÃO. ORDEM CONCEDIDA.

1. O *habeas corpus* deve ser utilizado como meio para trancamento da ação penal, quando evidente a falta de justa causa para a persecução penal, pela atipicidade da conduta.
2. Aplicação do princípio da insignificância.
3. Ordem concedida.

Vistos, relatados e discutidos estes autos relativos a ordem de *habeas corpus* nº 2009.0026.0271-1/0, oriundo da Comarca de São Gonçalo do Amarante/CE, impetrado pela DEFENSORIA PÚBLICA, tendo como paciente ALEXANDRO BEZERRA LIMA, e autoridade apontada como coatora, o Juiz de Direito da Vara Única da Comarca de São Gonçalo do Amarante/CE.

ACORDAM os Desembargadores integrantes da 2ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, por maioria, em conhecer e conceder a ordem de *Habeas Corpus*, em conformidade com o voto do eminente relator.

RELATÓRIO

Trata-se de *Habeas Corpus* impetrado pela DEFENSORIA PÚBLICA, em favor de ALEXANDRO BEZERRA LIMA, por meio do qual requer o trancamento da ação penal contra este, instaurada.

Alega, em síntese, que o paciente está sendo processado na Vara Única da Comarca de São Gonçalo do Amarante, sob a acusação de praticar o delito previsto no artigo 155, §1º, do Código Penal (furto noturno), pela suposta subtração de 06 (seis) peixes do estabelecimento comercial de propriedade de

Francisco Assis de Oliveira.

Ressalta que não há justa causa para a ação penal, pela aplicação do princípio da insignificância, tendo em vista que os bens supostamente subtraídos não superam a quantia de R\$ 30,00 (trinta reais).

Por tais razões, requereu, em sede liminar, a suspensão do trâmite da ação penal originária, e no mérito, pleiteou a concessão da presente ordem a fim de que seja reconhecida a ausência de justa causa penal, com o conseqüente trancamento da ação penal.

Com a inicial vieram os documentos de fls. 10/18.

Pleito liminar indeferido, fls. 22/23.

As judiciosas informações foram prestadas e repousam à fl. 29.

A douta Procuradoria Geral de Justiça, com atribuição de oficiar no processo, exarou o parecer de folhas 31/33, opinando pela denegação da ordem. É o relatório.

VOTO

Busca o impetrante trancar a ação criminal nº 2000.0204.7651-6, ante a ausência de justa causa para a ação penal, a qual, na sua ótica, deve ser aplicado o princípio da insignificância.

A ordem deve ser concedida.

Esta relatoria, atenta ao caso, esquadrinhou-o com afinco. Foi, antemão, ao cotejo percuciente sobre a admissibilidade ou não da tese assestada ao *writ*. Esta diz que o furto de seis peixes, tipo de injusto agasalhado no par. 1º do art.155 do CPB, e atribuído ao paciente, conquanto à primeira vista recriminável, deveria ter sido, porém, afastado de denúncia ministerial. E se ofertada, que tivesse sido, pelo juízo *ad quem*, alijada ao nulo que imediata rejeição; reconhecida - apontou - à inépcia filiada à “falta de justa causa” (Art.395, inciso III, do CPB).

A resumir o querer do impetrante, este vem à corte a fim de que se lhe seja deferido o trancamento da ação penal. Expende estar a assentir, a previsão do art.648, I, do CPP, não considerada pelo juízo monocrático, embora configurada quando de visível atipicidade da conduta, resultante da aplicação do “princípio da insignificância”.

Arregimento, antes de alvorecer-me a analisar, em prol de seu pleito assim posto, o moderno - ainda, como tal, se o pode dizer – arrimo do interessado, a defender que é possível, ao tribunal, receber e examinar o *writ* sob apreço, mesmo tendo havido, no juízo originário, em audiência dali, a suspensão do processo nº. 2000.0204.7651-6, de São Gonçalo do Amarante, com obrigações ao ora paciente. E agir sem ser desrespeito ao dito juízo.

Tal convicção vestibular, ela minha e assim tão altivamente virada à inexistência de ofensa ao específico ministério do juízo *a quo*, me vem porque se nos dá, desprovido de óbice à impetração de que cuida, o fato de o paciente ter se consentido à suspensão processual, concretizando-a. Vale a observação de que, se por um, o paciente aproveitou o benefício, por outro, isso não fez sucumbir, inoperante e estancado-os, o seu direito à ampla defesa e o peso do princípio recursal.

Não é razoável se pensar um descaber a este HC, porque o sujeitando a um mal arcar axiológico segundo o qual, uma vez aceita, como ocorreu, a suspensão condicional do processo, estariam, *ipso facto*, reconhecidos, pelo impetrante, os totais termos da denúncia oferecida contra ele. Inválido é admitir-se isso e, principalmente, como se a empatar-lhe, com tónus de coisa julgada, a qualquer sua posterior iniciativa para vir, depois, livrar-se da acusação. Afirmo, portanto, que o presente HC, livre desse passado, pode ser aceito e ido ao adiante. Faço-o, pois, seguir a merecidas considerações etc.

Vale, a este fim, recordar que, porquanto deseje desmanchar as severidades deitadas na inicial e no mais do feito penal a que responde, o suplicante larga-se, querendo-a a si, à extinção da punibilidade. A esta meta - assim lutam suas argumentações ao *writ* -, o paciente agarra-se na por ele defendida constatação do princípio da insignificância, que, quando caracterizado, confere, à conduta dada como ilícito penal, destronar-se daí, por verificada atipicidade.

Resumo: houve o fato: furto de seis peixes. A autoria pelo paciente. Porém, porque o dito princípio etc., o suplicante pugna se lhe preservar o direito de não se ver processado e julgado, só cotejada, para tanto, a tez objetiva da aludida ocorrência.

O êxito analítico, alicerçado, sem dúvida, em mais premissas, suscita ser logo feito um prioritário escrutínio sobre se o *writ* porta-se como idônea medida para servir ao objetivo arrostado pelo impetrante. Depois, caso vencedor este afã anteposto, ver-se se a pretensão ostenta-se qual esquadrihada pelo requerente.

Vamos por parte.

Há de se ver, então antes, perseguindo-se um são deslinde à primeira das citadas duas vertentes, se o que se está a averiguar e, feito isto, a nos dizer, caracterizada ou não, a justa causa ao originário processo-crime, instala, a nós juízes da corte, demanda a exigir dilação probatória, com ordens outras de alta indagação e desatada pesquisa, vindo a afastar, de chofre, ao dissabor do não-conhecimento, o HC, sabido ser, o remédio heróico, via incompatível com tais extremos à convicção.

Aponto, do que examinei e das reflexões exercidas por mim, que se não há de despedir à inadmissibilidade, o presente *habeas corpus*. Não só porque

nenhum desrespeito se está a cometer contra o juízo pretérito, o monocrático de São Gonçalo do Amarante, mas, mais ainda, porque, depois de um meu ater perfunctório sobre esta preocupação, cheguei que o trabalho para apurar a alegada falta de justa causa não arranca a necessidade de exame a comprometer-se impossível, aprofundando garras ao que compõe o conjunto fático-probatório do processo. Não gravita, sequer, ma intrincada desvenda de obstáculos sortidos em escondidos subsolos.

Vejo ao caso, pelo julgador, apenas uma visita a alguns dotes em que o fático-jurídico e o intelecto. E um cotejo, com boas graças hermenêuticas e escudos exegeticos e prudência jurisdicional, a fim de se o fato denunciado, subtração de peixes, suas circunstâncias - inolvidável a pré-constituição da prova – faz vir a ele, os fundamentos definidores do chamado crime de bagatela. Quer dizer: não há a análise cuja monta atenha-se inadequada ao especial e esguio senso do direito líquido e certo, a ponto de tornar-se refutável em sede de *habeas corpus*. Conclusão: prospera o HC, por não lhe haver, perante o aspecto focalizado, empecilho.

Deixado assim, lembro, ao prosseguir, que, *in casu*, tem-se o fato, um réu confesso e um princípio jurídico que conhecido. Levo o *writ* às visões subseqüentes, dedicadas, na vez, ao mérito que ele espora. Então, às considerações sobre o princípio da insignificância. E, destarte, como a este anda a fisionomia do crime posto à responsabilidade do paciente. E, daí, saber a solução a dizer se a ação penal, haja vista a falta ou não de justa causa, deve, ou não, permanecer.

Sobre o princípio da insignificância, finco que ele tem desígnios jurídicos bem particulares. Aliás, cativos e não tão amistosos a nós os acostumados a, individual e profissionalmente, pouco perdoar e relegar, bastante ouvir o cultuado apego à idéia de castigar quem erra, seja, lá, o tamanho do erro. Aprendemos, torneados pelo rigor das senhoras lições de casa, e outras pelo caminho, máxime, quando já o “anel” no dedo etc., que, uma vez cometida uma ilicitude penal, vem, morrendo o pedagógico recuperativo, a ponderação etc., a punição ao réu. O Estado, pois, com o seu dever de reprimir, garantir a ordem pública, a paz social e valores afins.

Mas é verdade se ter de compreender, conquanto isso hoje já bem mitificado, que, independente do comportamento do paciente, se contumaz infrator ou não, dá-se, possível, a aplicação do princípio jurídico sob menção. Condições subjetivas do réu, elas boas ou más, não ajudam e nem atrapalham se reconhecer a uma sua conduta, ela um tipo de injusto previsto em lei penal, a isenção construída em forma de atipicidade material, coisa capaz de exprimir exclusão criminal.

Volto a afirmar: o paciente e sua vida pregressa, mesmo contida, aí, uma situação jurídica não aceitável, como é, de certo modo, a do ora suplicante,

não é condição *sine qua non* para o encaixe, servindo o decorrente deferimento do trancamento da ação, do princípio de bagatela.

Tem-se ensinado e julgado a nos dar que, na espécie, o que voga, determinante, é o direito penal do fato e não o do autor deste. Ou seja: Se a conduta do réu amolda-se, sopesados seus elementos estruturais, ao que gizam os fundamentos do princípio da insignificância, ela vem, por si só, edificar, e terminantemente, que não há - por não remanescer e nem permanecer...! - crime (exclusão do fato típico) no crime (existência do fato típico) que o é, todavia, sob o aspecto formal. A desligar o rigor do positivismo penal, do exercício retributivo estatal, há, ademais, afora o princípio de bagatela, mais este: o da “intervenção mínima do Direito Penal”.

Verdadeira metamorfose é a situação jurídica que se dá: nasce e vive, formalmente, crime, e, ao deixar de sê-lo, por tom do princípio da bagatela, morre o ilícito enquanto,, concomitantemente, extermina a punibilidade do autor do fato!

É assim que se o diz:

“*Ad argumentandum*, ainda que a paciente ostentasse algum mau antecedente - o que não se tem notícia nos autos - é importante frisar que o princípio da bagatela exclui a tipicidade, de tal sorte que aspectos subjetivos são irrelevantes para a aplicação ou não do *standart*. Uma vez excluído o fato típico, não há crime, de maneira que carece de utilidade a análise dos atributos pessoais do agente, sob pena de se criar um direito penal do autor e não dos fatos” (escolhido texto do voto ao HC Nº137.740-SP (2009/0104182-9), em que relator, Ministro Celso Limongi - Desembargador convocado do TJ/SP”).

Arrumando, didático, a hipótese, o Supremo Tribunal Federal (STF) regrou-a. A dicção, essa e ela de um sodalício aclamado para interpretar e defender a *Lex Máxima* do País, nos garante legítima e idônea pregação jurídico-jurisdicional. E é o que, sem pôr, ao vil, as lições teórico-doutrinárias e jurisprudenciais em rumo outro, extraio do que nos alerta o seguinte aresto, obra não menos ilustre, originária, com seu garbo, do colendo Superior Tribunal de Justiça (STJ):

“Recurso especial penal. Furto simples. Subtração de uma corrente de prata. Crime de bagatela. Condições pessoais desfavoráveis. Irrelevância. Aplicabilidade do princípio da insignificância. Irresignação ministerial improvida.

1. Segundo a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, o princípio da insignificância tem como vetores, a mínima ofensividade da conduta do agente, a nenhuma periculosidade social da ação, o

reduzido grau de reprovabilidade do comportamento e a inexpressividade da lesão jurídica provocada.

2. Hipótese de furto de uma corrente de prata avaliada infimamente, a qual foi imediatamente restituída à vítima.

3. O fato de existirem circunstâncias de caráter pessoal desfavoráveis, tais como a existência de antecedentes criminais ou reincidência, não são óbices, por si sós, ao reconhecimento do princípio da insignificância.

4. Recurso especial improvido. (Resp.1084540, 5ª Turma, Rel. Ministro JORGE MUSSI, DJe 01/06/2009).

Do que posto, incisivamente, no item 01 (um) logo acima, trago, ao trilhar deste julgado, um esteio propedêutico sobre íntimos dos quatro pressupostos ali alinhados. É preciso ver se eles, *in casu*, aqui estão hospedados. Impende um apreço a cada deles, sem olvidar que a ausência de um só, por descaracterização etc., derrota a postulação habeascorpal qualquer, movida a fim do trancamento da ação penal promovido pela falta de justa causa, fruto do princípio da insignificância.

Eis como tento, aos ditos requisitos, suas identidades, e, em mesmo esforço, testá-los ao caso concreto:

01- A “mínima ofensividade da conduta” é a que, consultada a diferença entre “pequeno valor” e “ínfimo valor” da *res* furtiva, encaixa-se no perfil desta última condição valorativa. Dá-se, pois, quando a ação ilícita é subtração de um bem, visivelmente algo ninharia, a provocar, principalmente quanto ao aspecto econômico, irrisório prejuízo. Portanto, incidente sobre objeto legalmente tutelado (razão abstrata), mas atitude sem relevo jurídico-penal. Enfim, com desvalor a não presidir desfalque importante à vítima e à integridade da própria ordem social.

Ora, por primeiro, o furto de seis peixes, alçados, eles assim, de um estabelecimento comercial com notório abasto e, no dizer da denúncia e os mais dos autos, não vulnerado por arrombamento etc., revela-se à “bagatela” sob apreço. E mais a essa conta, também porque nada no processo informa sobre a espécie e o quanto valiam os referidos peixes.

A esta parte, vige que são omissões a permitir - alvitro -, ao caso e ao seu deslinde, não a pesquisa com o reboiço de diligências para trabalhar os tais dados omitidos, ação - se a sabe - que rejeitada pela esguia via do *habeas corpus*, mas se avançar o julgamento e, a este, a aplicação do princípio *in dubio pro réu*.

Explico, em defesa deste meu entender, que, uma vez a falha oriunda da démarche para o inquisitório, e constatado que a espreita do estado-promotor e do estado-juiz deixou, *in albis*, qualquer consideração sobre os aludidos detalhes, ao ponto de procederem e findarem, no juízo *a quo*, o feito sem a valia aos peixes, não é, ao réu, a responsabilidade pela desídia. Não tendo culpa pelas omissões citadas, espécie e valor dos peixes, ele não deve pagar pelos senões

oficiais. E não há de pagar - exorto atenção! - porque, de modo altaneiro, o ordenamento constitucional nos diz preferir a liberdade individual à restrição desta, toda vez que o direito, fundamental, de ir e vir, restar merecido à sua soberana vaga.

Quero fazer valer que, nem a menor curiosidade - diga-mo-la jurídico-jurisprudencial - a respeito do que não se sabe sobre os furtados peixes, deve agir obstáculo a que se admita o presente HC. E, tampouco, emperrar o exame sobre se o fato, ilícito penal, sem dúvida, tornou-se ou não, no entanto, logrado ao significado pífio-penal sob comento.

Acresço, ainda sobre a mínima ofensividade da conduta, que há, nos autos, também a pôr vigas a marcarem o ilícito como uma indiscutível “ofensa mínima”, que os peixes furtados voltaram são à posse da vítima. E é certo que, ao rigor do requisito ora sob manejo, faz-se despiciendo o exame sobre o modo como aconteceu a retroação: se voluntária ou não! O que importa, a sustentar a hipótese, mínima ofensa, acreditando-a ao caso, é que, por e com mais esta via, a ação do réu se perfez inexpressiva à vítima, à gente e ao Direito Penal.

Decerto, o agir do paciente deu-se a um ilícito penal, pois real sua subsunção ao art.155, par. 1º- CPB, (mal) usada pelo denunciante- adiante. Contudo, materialmente atípica a conduta, furto de peixes, perante os fundamentos do princípio da insignificância.

Em amparo às razões logo antes delineadas, colaciono:

“*HABEAS CORPUS* PENAL. FURTO. TENTATIVA. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA, APLICABILIDADE. *OCULTA COMPENSATIO*.

1. O princípio da insignificância deve ser aplicado de forma criteriosa e casuística.
2. Princípio que se presta a beneficiar as classes subalternas, conduzindo à atipicidade da conduta de quem comete delito movido por razões análogas às que toma São Tomaz de Aquino, na Suma teológica, para justificar a *oculta compensatio*. A conduta do paciente não excede esse modelo.
3. O paciente tentou subtrair, de um supermercado, mercadorias de valores inexpressivos. O Direito Penal não deve se ocupar de condutas que não causem lesão significativa a bens jurídicos relevantes ou prejuízos importantes ao titular do bem tutelado ou à integridade da ordem social. Ordem deferida.” (HC 92.744/RS, 2ª Turma, Rel. Min. EROS GRAU, Dje de 15/08/2008.)

02- Noutro ponto, o furto, ato mau do paciente, não se deixou contiguar-se com o que se guarda, mente adentro, sobre o que é, em verdade sem exageros, a periculosidade sob ótica, *ex vi* da experiência comum, calejada das tantas formas de violência. A periculosidade de que cuida é a empedernida

propensão de alguém para fazer o mal. Sem nunca ela mostrar-se a meio-termo, pois a periculosidade apreçada, não, pois, a mal calculada, carrega risco comprovado, sempre iminente, aos lícitos direitos e interesses humanos. E, noutra esfera, distúrbio à paz e a tudo mais d'outros, onde coisas, meio-ambiente etc., disponíveis às gerações.

O ato denunciado, muito aquém, não chega a instar intenso rumor e público temor. Sequer separa, isolando-o à classe dos desordeiros de desqualificada personalidade, o seu autor. Vê-se, mesmo sem olhos benignos, apenas este a uma sua atitude a vulnerar-lhe ao lugar de pessoa com mera desqualificada fama. Sem tirar-lhe a socialmente perigoso.

A dita ação e o seu agente, observado só este estrito feixe àquela, a materialidade, com este, o autor, ou apenas cada um destes da relação, nada, de um ou outro jeito, nos põe a assustados. Desunidos ao *per se* ou contextualizados, conduta e o agente dela não expressam ofensa com dimensão capaz de invectivar, contra a vítima e a sociedade, senão um estrago antissocial que - digamos assim - não vai além de um incômodo arranhão, sob nanica e transitória indignação.

E é preciso escudar contra doudas divergências - e elas assim porque representam sedimentado condicionamento cultural-jurídico, ou jato com outra cepa, que, à avaliação que faço, não cabe o tocar sobre a culpa do agente. Assim, porque, ir aos escaninhos do volitivo, mexendo, aí, sobre o dolo e a culpa, as espécies destes etc., é adentrar na obra à instrução processual. E explorá-la é sufragar, cedo da manhã e inexoravelmente impossibilitada, a qualquer impetração de *habeas corpus* que, igual a esta, roga o princípio da insignificância. Fazê-lo, é negar, também a valor zero, os fundamentos por que este foi construído. Em nenhum recôndito seu há que ele só deve ser aplicado se o réu se achar, mesmo subjetivamente, isento de culpa. Diferente etc., o princípio deve ser até a um réu confesso. A exigência, no caso, sobre a ausência de culpa, trás incongruência. No mínimo, leda atecnia, qual avalio!

Ora, vindo o fato denunciado a configurar crime de bagatela, e esse, como se o tem, isento do aspecto culpa do seu autor, a hipótese, a perfeita, consoma-se, de pronto, com total independência e autonomia. Gera a atipicidade material da conduta atribuída ao réu porquanto plena a exação de suas peculiares e inextensíveis premissas.

O exame a aferir o referido aspecto, com arrebando, para tanto, de circunstâncias fáticas e relativas ao agente, constitui atitude inútil. Uma vez "extinta a conduta", efeito do princípio da insignificância, vem a ela e aos critérios subjetivos ligados à culpabilidade do agente, sepulcro único, em respeito a uma inegável comoriência.

E o Estado, por seu Poder Judiciário, cogentemente recuado à exação jurídica que lhe impõe a desencadeada falta de justa causa, esteio de absolvição a quem qualquer (Art. 386, III, do CPP), não pode esticar, para condenar etc., sua pretensão punitiva.

A propósito, vejamos:

“EMENTA: *HABEAS CORPUS* – FURTO - TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL - ANÁLISE DE PROVAS – VIA INADEQUADA – PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA - MOMENTO INOPORTUNO PARA REFERIDA ALEGAÇÃO – ORDEM DENEGADA.

01. A atipicidade do comportamento deve estar cabalmente demonstrada quando fundar o pedido de trancamento de ação penal- O trancamento da ação penal pela via de *habeas corpus* é medida de exceção, que só é admissível quando emerge dos autos, de forma inequívoca, a inocência do acusado, a atipicidade da conduta ou a extinção da punibilidade.

02. Não se pode exercer o juízo de culpabilidade ante o curso da ação penal, quando se analisará o desvalor da ação e o do resultado” (TJMG nº10.000-08 - 475654-3/000(1\0. Rel. Pedro Vergara,19/07/2008);

Mais - (STJ):

“(…) Tendo em vista que os bens subtraídos são de ínfimo valor, configura-se no caso o delito de bagatela, devendo ser aplicado o princípio da insignificância, independentemente de critérios subjetivos conexos à culpabilidade do agente (RT 569/338;564/357; RJDTACRIM 22/107)” (Fl.04). (Trecho extraído do voto proferido no HC Nº137.740-SP (2009/0104182-9), substitutivo de recurso ordinário, e movido contra decisão do egrégio Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (impetrado), com relatoria do Min. Celso Limongi, Des. Convocado do TJ/SP)

E este outro:

“PENAL – *HABEAS CORPUS* - FURTO DE UM BONÉ – VALOR DE R\$50,00 – OBJETO RESTITUÍDO À VÍTIMA – REINCIDÊNCIA – APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA OU BAGATELA – POSSIBILIDADE - IRRELEVÂNCIA DA REINCIDÊNCIA E DOS MAUS ANTECEDENTES. PRINCÍPIO DA NECESSARIEDADE DA PENA – ORDEM CONCEDIDA PARA RECONHECER A ATIPICIDADE DA CONDUTA.

01- Se o bem tutelado nem mesmo chegou a ser ofendido, nem há relevância na conduta praticada, o princípio da insignificância deve ser aplicado, afastando-se a tipicidade.

02- A aplicação dos princípios da necessidade e da suficiência

afasta a fixação de pena que se mostra excessiva para reprimir conduta irrelevante.

03- Maus antecedentes e reincidência não impedem a aplicação do princípio da bagatela.

04- Ordem concedida para absolver o paciente pelo reconhecimento da atipicidade de sua conduta. Expedido alvará de soltura, salvo prisão por outro motivo. (HC96929, 6ª Turma. Rel. Desembargadora Convocada JANE SILVA, Dje 25/08/2008.

03- A ação do réu, perscrutada a denúncia, acanhou-se a “reduzido grau de reprovabilidade”. Reprovação que vem a ser, auscultados a crítica e o emocional pessoal de cada um do povo, o sentimento geral de repulsa em face do fato criminoso imputado ao réu. É medição sobre como o público se sente, após eco abrangente, a ofensa praticada pelo réu. Penso, à reprovabilidade, ela ser essa má repercussão, estridência da ação ilegal do infrator penal, capaz de não merecer escusas e até o mais pio perdão. A sociedade, a extensivamente ofendida, nem encolherá o ferrão!

04- A “inexpressividade da lesão jurídica provocada”, como diz o próprio enunciado, nos acalma ter havido, por a só mera ação do réu, uma lesão jurídica. Daí, a restrição: lesão provocada. Falando quanto à inexpressividade, é preciso ver que o princípio da bagatela, quanto a isso do último dos quatro requisitos sob apreço, quer apenas não tenha, a lesão, sua dimensão a mais da “mínima” que pince, só assim com tal tamanho, a apreciação sistêmica que o intérprete há de criteriosamente fazer. Fazer com atenção ao ato ilícito, à sua descrição nos autos, a outros princípios jurídicos e ao acervo legislativo de associação.!

Isso pede tarefa fácil. Corriqueira. A só tipificação levada ao ato lesivo pela inaugural da ação, ou mesmo a alvitrada, em diferente (desclassificação), pelo julgador, faz se concluir, antemão, sob o aspecto jurídico, se o que o réu praticou constitui ou não modesta ou imodesta vulneração. Entra, aí, a face do injusto. Sua natureza. Como o trata, em calha substantiva, o ordenamento jurídico nacional; caso, por ex., dos “crimes hediondos”, e de outros sugados a superlativos penais.

Não é que se deva apenas observar a maior ou a menor lesão jurídica, conforme assim mostre, de cara, o tipo do injusto sob previsão legal, na qual ele a subsumir-se. Não. Isso é apenas a vereda empírica para não se demorar sobre a admissibilidade ou não do princípio da insignificância. Tem-se mais!... A conclusão sobre a “inexpressividade da lesão jurídica provocada”, é, então, quando logo se vê que o ato do réu é pequeno, o resultado dessa consciência e do exame, bulida a sã hermenêutica, sobre se a conduta do réu significa, não a lesão enxertada de elementos exógenos, não raro, subjetivos, mas sim a que, faticamente delimitada, despontou do caso concreto.

Afastada dos gravíssimos e dos graves crimes, magnitudes extremas etc., a “lesão provocada”, situada, pois, mais embaixo, abraça-se aos ilícitos de

ofensa mínima, porém cotável à condição de juridicamente insignificante e a não ocupar o Direito Penal; nessas vezes, então, a valer o direito penal também mínimo.

Quando findo, em desapertado esforço, considerações ao particular dos quatro requisitos que formadores, indissociavelmente, do princípio da insignificância, aliás, debulhados pela sabedoria jurídica do Supremo Tribunal Federal (STF), nem mais é preciso tanto ser operado, visando o mérito do *Write*, o que o paciente cometeu e a influência, sobre isso, dos mencionados pressupostos e do mais da tessitura como fundido o princípio da insignificância.

Impende apenas frisar, complementando o já instruído, e a fim de aprontar a decisão aguardada, mais alguns poucos fundamentos a esta. E asseguro: ainda sem garimpo esquisito, atividade probatória complexa, e longe de fazer uso de exercício analítico a encarar e envolver-se com complicada discussão a fim de, por ex., “direito líquido e certo”; de dilação probatória, coisas e causas, essas, já o disse, à derrota fatal do qualquer H. Corpus.

Como até aqui feito, a cata sobre se a ação do réu causou ou não uma inexpressiva reprovação social; se a ofensa foi mínima; se ela se deu com reduzidíssimo grau de reprovabilidade, e se a lesão jurídica provocada restou inexpressiva, fez-se e está sobre o algo palpável e fora do proibido esforço.

Começo a terminar com este aresto:

“Recurso Especial Penal. Apropriação indébita. Princípio da insignificância. Incidência. Ausência de tipicidade material. Teoria constitucionalista do delito. Inexpressiva lesão ao bem jurídico tutelado. Maus antecedentes e personalidade do agente. Circunstância de caráter pessoal. Não-influência na análise da insignificância penal. Recurso especial improvido.

1. O princípio de insignificância surge como instrumento de interpretação restritiva do tipo penal que, de acordo com a dogmática moderna, não deve ser considerado apenas em seu aspecto formal, de subsunção do fato à norma, mas, primordialmente, em seu conteúdo material, de cunho valorativo, no sentido de sua efetiva lesividade ao bem jurídico tutelado pela norma penal, consagrando os postulados da fragmentariedade e da intervenção mínima.

2. Indiscutível a sua relevância, na medida em que exclui da incidência da norma penal aquelas condutas cujo desvalor da ação e/ou do resultado (dependendo do tipo de injusto a ser considerado) impliquem uma ínfima afetação ao bem jurídico.

3. A apropriação indébita de uma escada, avaliada em R\$50,00, a qual foi restituída à vítima, embora se amolde à definição jurídica do crime, não ultrapassa o exame da tipicidade material, mostrando-se desproporcional a imposição de pena privativa de liberdade, uma vez que a ofensividade da conduta se mostrou mínima; não houve nenhuma periculosidade social da ação; a reprovabilidade do

comportamento foi de grau reduzido e a lesão ao bem jurídico se revelou inexpressiva.

4. As circunstâncias de caráter pessoal do agente, tais como a reincidência, os maus antecedentes e a personalidade do agente, não têm influência na análise da insignificância penal.

5. Recurso especial improvido. (Resp.898392, 5ª Turma, Relator, Ministro Arnaldo Esteves Lima, DJe - 09/03/2009).

Mais este:

(RECURSO ESPECIAL Nº 954.932 – RS 2007/0119130-6)
EMENTA:RECURSO ESPECIAL. PENAL. TENTATIVA DE FURTO. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. APLICABILIDADE. MÍNIMO DESVALOR DA AÇÃO. *RES FURTIVA* RESTITUÍDA À VITIMA. IRRELEVÂNCIA DA CONDUTA NA ESPERA PENAL. PRECEDENTES.

1. A conduta perpetrada pela agente - tentativa de furto de um tapete usado, avaliado em R\$ 39,00 (trinta e nove reais) - insere-se na concepção doutrinária e jurisprudencial de crime de bagatela.

2. Em caso de furto, para considerar que o fato não lesionou o bem jurídico tutelado pela norma, excluindo a tipicidade penal, deve-se conjugar o dano ao patrimônio da vítima com a mínima periculosidade social e o reduzido grau de reprovabilidade do comportamento do agente, elementos que estão presentes na espécie, porque o desvalor da ação é mínimo e o fato não causou qualquer consequência danosa. Precedentes.

3. Recurso desprovido

Quero ressaltar, licenciando-me mais uma vez, que estes autos, ao qual não aceitei o exame aprofundado da prova, dão, sem isso, as constatações a que me reporte e que aprumo. Bastou verificar dados neles expressos. Todo o exame conteve-se em simples observações. Sem, portanto, intrincado confronto e revolta valoração de provas.

Destarte, a ação penal movida contra o ora paciente deve ser trancada por “atipicidade de conduta”, fato produtor, haja vista a ausência de justa causa daí oriunda, de extinção da punibilidade do paciente.

Ex positis, CONCEDO A ORDEM, e, assim, para trancar a ação penal ajuizada contra o paciente, porquanto caracterizada a atipicidade da conduta a ele atribuída na denúncia. Desnecessário o alvará de soltura, vez que, em liberdade, o interessado sob menção.

É como voto.

Fortaleza, 11 de janeiro de 2010

PROCESSO Nº: 2009.0026.9427-6/0

TIPO DE PROCESSO: *HABEAS CORPUS*

COMARCA: CRATO-CE

IMPETRANTE: JOSÉ ERLANIO RODRIGUES

PACIENTE: MARCOS WESLEY FERREIRA MOUSINHO

AUTORIDADE COATORA: JUIZ DE DIREITO DA 4ª VARA DA COM.
DE CRATO-CE

RELATOR: DES FRANCISCO GURGEL HOLANDA

**EMENTA: *HABEAS CORPUS* - PENAL E
PROCESSO PENAL – FORMAÇÃO DE
QUADRILHA - PRISÃO TEMPORÁRIA –
ORDEM CONHECIDA E CONCEDIDA**

1. Possibilidade de prisão temporária em face do delito da espécie, no caso, formação de quadrilha.

2. A decisão que decretou a prisão temporária do paciente é deveras elucidativa quanto à necessidade da custódia cautelar cerceatória, demonstrando, pois, que o decreto constitutivo sob queixa faz-se necessário, sobretudo, porque imprescindível às investigações policiais.

3. Apesar disso, forçoso é reconhecer que, em vista do largo período de tempo transcorrido entre a data da decretação (20/02/2006) e o presente momento, vez que ainda não se deu, por cumprida a medida cautelar constitutiva, perdeu ela sua razão de ser.

4. Ordem conhecida e concedida.

Vistos, relatados e discutidos estes autos relativos a ordem de *habeas corpus* nº 2009.0026.9427-6/0, oriundo da Comarca de Crato/CE, impetrado pelo advogado José Erlanio Rodrigues, tendo como paciente, MARCOS WESLEY FERREIRA MOUSINHO, e autoridade apontada como coatora, o Juiz de Direito da 4ª Vara da Comarca do Crato-CE.

ACORDAM os Desembargadores integrantes da 2ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, por unanimidade, em conhecer e dar provimento ao *Habeas Corpus*, em conformidade com o voto do eminente relator.

RELATÓRIO

Trata-se de *Habeas Corpus*, impetrado pelo advogado José Erlanio Rodrigues, em favor de MARCOS WESLEY FERREIRA MOUSINHO, por meio do qual requer a revogação do decreto temporário.

Assevera que o paciente foi indiciado pela suposta prática do delito tipificado no artigo 155, §4º, inciso II, do Código Penal (furto qualificado).

Sustenta que o delito supostamente praticado, não consta no rol de hipóteses de decretação de prisão temporária (artigo 1º da Lei nº 7.492/86), razão por que esta não poderia ter sido decretada em desfavor do paciente.

Afirma, por fim, que o julgador monocrático, ao indeferir o pedido de revogação do cárcere, não o fez de maneira fundamentada.

Por tais fundamentos, requereu, tanto em sede liminar quanto no mérito, a concessão da ordem de *habeas corpus*, com a revogação da prisão temporária.

Com a inicial, vieram os documentos de fls. 09/20.

Pleito liminar indeferido às fls. 24/25.

As judiciosas informações foram prestadas e repousam às fls. 31/51.

A douta Procuradoria Geral de Justiça, com atribuição de oficiar no processo, exarou o parecer de folhas 53/55, opinando pela concessão da ordem em epígrafe.

É o relatório.

VOTO

A presente ordem de *habeas corpus* tem por objetivo a revogação da prisão temporária decretada em desfavor do paciente, tendo como

argumentações, ausência de previsão legal da modalidade do cárcere, em face da espécie delitiva supostamente praticada, e carência de fundamentação do despacho que indeferiu o mesmo pleito na instância monocrática.

Ao contrário do que alega o impetrante, consta, nos documentos juntados aos autos, que a representação do Ministério Público, pela prisão temporária, se deu em razão de investigação a eventual existência de formação de quadrilha, envolvendo o paciente e outros agentes.

Assim, basta uma simples leitura do artigo 1º, inciso III, alínea “I”, da Lei nº 7.960/89, para constatar não haver razão na alegação do impetrante, senão vejamos:

“Art. 1º – Caberá prisão temporária:

(...)

III – quando houver fundadas razões, de acordo com qualquer prova admitida na legislação penal, de autoria ou participação do indiciado nos seguintes crimes:

(...)

1) – quadrilha ou bando (artigo 288), todos do Código Penal;”

Ademais, a decisão que decretou a prisão temporária do paciente é deveras elucidativa quanto à necessidade, ao tempo do decreto, da custódia cautelar cerceatória, sobretudo, porque imprescindível às investigações policiais.

Nesse sentido, trago à colação, trecho do decreto constante às fls. 13/14:

“O indiciado, ao ser interrogado pela segunda vez, admitiu o peculato, dando a entender que existe uma quadrilha no Cariri, operando na área de informática: “pertencentes a um grupo forte na área de informática e outros delitos, não podendo declinar outros nomes porque teme perder a vida.

Tratando-se de possível crime cometido por quadrilha, reconheço que nos fatos relatados há fortes indícios da materialidade e autoria do crime de peculato, provavelmente com participação de outras

peessoas; que consubstancia o *fumus boni iuris* exigido no art. 1º, inciso III da Lei nº 7.960/90, encontro fundamentos suficientes para o decreto da prisão cautelar penal em desfavor do representado. Quanto aos incisos I e II do art. 1º da Lei nº 7.960/89, são consubstanciados no *periculum libertatis*, à medida que o risco para o processo (*periculum*) vem caracterizado pela própria imprescindibilidade para as investigações (art. 1º, I), bem como pelo fato do réu não fornecer elementos suficientes para a identificação de outros co-autores, ou partícipes possivelmente envolvidos na prática delituosa.”

Apesar disso, forçoso é reconhecer que, em vista do largo período de tempo transcorrido entre a data da decretação (20/02/2006) e o presente momento, vez que ainda não se deu, por cumprida, a medida cautelar constritiva, perdeu, ela, sua razão de ser.

A prisão temporária, com prazo de 30 dias para os crimes da espécie, deve ser imprescindível para o salvaguardo das investigações policiais.

Observo, pois, que o fato delitivo ocorreu em meados de 2005 e a prisão temporária, em 20 de fevereiro de 2006, sem que tenha havido, até hoje, conversão em preventiva. Sem a medida ser cumprida, já transcorreram mais de 03 (três) anos, o que leva a crer que as investigações até já tenham se encerrado. Quiçá, já não o tenha...!

Dessa maneira, a cautelaridade inerente à espécie de prisão quedou-se perdida. Não cabe, a esta, por sua natureza jurídico-processual, permanecer infinita.

Registre-se, por oportuno, que nada impede que a prisão preventiva, instituto diverso daquele que está sendo objeto do presente *writ*, venha a ser decretada em desfavor do paciente. Aliás, se não feito isto, tudo fica a negar, contra o paciente, ser ele preso, estar e assim permanecer.

Nesse sentido é o posicionamento desta Corte:

“EMENTA: *HABEAS CORPUS* PREVENTIVO. PRISÃO TEMPORÁRIA. DESNECESSIDADE. COAÇÃO ILEGAL. PRESENÇA. I – Dado o tempo transcorrido desde o requerimento

e a decretação da prisão temporária do paciente, tornou-se desnecessária a manutenção em aberto do mandado prisional expedido, haja vista que, mesmo não tendo o réu sido preso, as investigações tiveram prazo suficiente para sua conclusão. Sublinhe-se que o prazo em questão supera em muito o limite máximo legalmente permitido para a prisão temporária. II – Ordem concedida.” (TJ/CE, HC 2009.0008.5422-5, Rel. Des. FRANCISCO HAROLDO RODRIGUES DE ALBUQUERQUESTF, 1ª CÂMARA CRIMINAL, d.j. 02/06/2009)

Isto posto, CONHEÇO e DOU PROVIMENTO à presente ordem, para REVOGAR a prisão cautelar do paciente, em consonância com o parecer da douta Procuradoria Geral de Justiça.

Expeça-se alvará de soltura, advertindo que o mesmo só deve ser cumprido se o paciente não estiver preso por outro motivo.

É como voto.

Fortaleza, 30 de novembro de 2009.

Recurso Crime em Sentido Estrito

Nº 2005.0016.7809-6/1 RECURSO CRIME EM SENTIDO ESTRITO
COMARCA: ITAITINGA
RECORRENTE: O REP. DO MINISTÉRIO PÚBLICO
RECORRIDOS: SAMUEL ALVES DE SOUSA
 HOBSON LIMA DE ALMEIDA
 JOSÉ CLÉBER MARTINS FILHO
 FRANCISCO LEANDRO MATOS DE SOUSA
 JORGE AUGUSTO CHAGAS CALIXTO
RELATOR: DES. EYMARD DE AMOREIRA

EMENTA: RECURSO CRIME EM SENTIDO ESTRITO. CRIME DE DANO. DECISÃO QUE REJEITOU RECEBIMENTO DA DENÚNCIA POR LHE FALTAR UM DOS PRESSUPOSTOS. FUGA DE PRESO CAUSANDO DANO AO PATRIMÔNIO PÚBLICO. AUSÊNCIA DE PERÍCIA NA CELA. CRIME MATERIAL QUE DEIXA VESTÍGIOS. AUSÊNCIA DE ANIMUS NOCENDI. CRIME NÃO CONFIGURADO. AUSÊNCIA DE DOLO ESPECÍFICO. INTELIGÊNCIA DOS ARTS. 43, 158 e 564, III, “b” DO CPP.

1. O crime de dano é delito material por excelência, sempre deixando vestígios, sendo imprescindível a prova pericial para comprovação da materialidade do delito, *ex vi* dos arts. 158 e 564, II, “b” do Código de Processo Penal.

2. Na hipótese em questão, os internos do Manicômio Judiciário furaram a parede da cela onde se encontravam e fugiram. Dia seguinte, o dano causado foi consertado e a perícia esquecida, inviabilizando a ação penal, a qual foi proposta dois anos depois do fato.

3. Ademais, a jurisprudência nacional já sedimentou que o preso, ao destruir ou inutilizar as grades da cela onde se encontra para se ver livre do cárcere, não comete crime de dano por lhe faltar o *animus nocendi*, vontade de causar prejuízo patrimonial. Precedentes dos Tribunais Nacionais, notadamente do Superior Tribunal de Justiça (RHC 7.639-SP-DJU 28.02.98, p.84 e RT 560/342).

4. Apelo improvido. Decisão unânime.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Recurso Crime em Sentido Estrito, nº 2005.0016.7809-6/1, de Itaitinga, em que é recorrente o representante do Ministério Público e são recorridos Samuel Alves de Sousa, Hobson Lima de Almeida, José Cleber Martins Filho, Francisco Leandro Matos de Sousa e Jorge Augusto Chagas Calixto.

Acorda a Turma, por unanimidade de votos, em conhecer do recurso e negar-lhe provimento, nos termos do voto do Relator.

O representante do Ministério Público com assento junto a Vara Única da comarca de Itaitinga, interpôs o presente Recurso Crime em Sentido Estrito, em resistência a decisão do Juízo que rejeitou denúncia contra as pessoas de Samuel Alves de Sousa, Hobson Lima de Almeida, José Cléber Martins Filho, Francisco Leandro Matos de Sousa e Jorge Augusto Chagas Calixto, todos qualificados nos autos, nas penas do art. 163, parágrafo único, inciso III do Código Penal, isso porque no dia 22 de outubro de 2004, os denunciados se encontravam internados no Manicômio Judiciário Otávio Lobo, empreendendo fuga, após cavarem um buraco na parede da cela, causando dano ao patrimônio Público.

Requeru, assim, a reforma da decisão resistida para que seja recebida a denúncia em toda a sua extensão (fs.141/144).

Contrarrazões às fs.170/174, requerendo a manutenção da decisão que rejeitou a denúncia contra os recorridos.

Despacho de sustentação exarado às fs. 182/183.

Parecer da d. Procuradoria Geral de Justiça às fs.194/198, opinando pelo provimento do recurso.

É o relatório.

A Magistrada Titular da comarca, ao examinar os autos, observou que o crime de dano é delito material por excelência, sempre deixando vestígios, sendo imprescindível a prova pericial para comprovação da materialidade do delito, *ex vi* dos arts. 158 e 564, II, “b” do Código de Processo Penal.

Na hipótese em questão, os internos do Manicômio Judiciário furaram a parede da cela onde se encontravam e fugiram. Dia seguinte, o dano causado foi consertado e a perícia esquecida, inviabilizando a ação penal, a qual foi proposta dois anos depois do fato.

Nesse sentido:

TJSC: “O crime de dano é de natureza material e deixa vestígios. Por isso, para sua caracterização é indispensável o exame técnico-pericial, não podendo a falta do laudo ser suprida pela confissão e,

tampouco, no caso, pelas declarações da vítima e por prova testemunhal” (JCAT 72/546).

Por estas razões, houve-se a Magistrada, com fundamento nos arts. 43, 158 e 564, III, “b” do Código de Processo Penal, em rejeitar a denúncia por falta de condições exigidas por lei.

Ademais, a jurisprudência nacional já sedimentou que o preso, ao destruir ou inutilizar as grades da cela onde se encontra para se ver livre do cárcere, não comete crime de dano, por lhe faltar o *animus nocendi*, vontade de causar prejuízo patrimonial. Precedentes dos Tribunais Nacionais, notadamente do Superior Tribunal de Justiça:

STJ: Fuga de preso. Dano. Não configuração. Criminal. Ausência do *animus nocendi*. Não configuração do delito na fuga do detento, com destruição de obstáculos materiais (RHC 7.639-SP-DJU 28.02.98, p.84).

TACRSP: Dano qualificado. Delito não configurado. Preso que serra a grade do xadrez para evadir-se. Ausência de *animus nocendi*. Absolvção. Inteligência do art. 163, parágrafo único III, do CP. A conduta física desenvolvida pelo preso para ganhar a liberdade não está acompanhada do dolo anímico exigido pela figura criminosa do dano. E se a evasão não é punível desde que o agente, ao realizá-la, não usa violência contra a pessoa, não se compreende como a violência contra a coisa possa traduzir-se em infração penal autônoma. O dano só existe quando for um fim em si mesmo, não enquanto meio para a prática de outro fato criminoso (RT 560/342).

Portanto, na ausência do dolo específico, não há porque se falar em dano qualificado na atuação de preso que procura alcançar a liberdade, mesmo que para isso tenha que danificar a cela.

A luz do exposto, nego provimento ao recurso ministerial para manter a decisão recorrida, em dissenso com o parecer da douta Procuradoria Geral de Justiça.

É como voto.

Fortaleza, 04 de novembro de 2009.

Nº 2008.0015.9748-1/0 RECURSO CRIME EM SENTIDO ESTRITO
COMARCA: FORTALEZA
RECORRENTE: RAIMUNDO ROBERTO DE CASTRO
RECORRIDA: A JUSTIÇA PÚBLICA
RELATOR: DES. EYMARD DE AMOREIRA

EMENTA: RECURSO CRIME EM SENTIDO ESTRITO. DECISÃO DE PRONÚNCIA – ART. 413 DO CPP – AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO ACERCA DOS INDÍCIOS DE AUTORIA. DECISÃO CALCADA TÃO-SOMENTE NAS TRANSCRIÇÕES DA DENÚNCIA E ALEGAÇÕES FINAIS DO ÓRGÃO ACUSADOR. IMPOSSIBILIDADE. DECISÃO NULIFICADA.

1. A fundamentação da decisão de pronúncia é de vital importância para a sua sobrevivência, não bastando a mera evasiva processual do *in dubio pro societate*, que não se harmoniza com o processo penal moderno¹, calcado nas garantias individuais, até mesmo porque estamos vivenciando a era das garantias fundamentais.
2. Na hipótese dos autos, especificamente no tocante à participação do recorrente no crime de morte, em que foi vítima Ana Bruna, a decisão de pronúncia permitiu-se lastrear-se nos termos da própria denúncia e nas alegações finais, as quais foram transcritas com fidelidade, acrescentando, os maus antecedentes do recorrente, descurando-se a imprescindível fundamentação.
3. Recurso provido. Decisão unânime.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de recurso crime em sentido estrito, nº 2008.0015.9748-1/0, de Fortaleza, em que é apelante Raimundo Roberto de Castro e recorrida a Justiça Pública.

Acorda a Turma, por unanimidade de votos, em conhecer do recurso e dar-lhe provimento, nulificando a decisão recorrida por ausência de fundamentação, para que outra seja proferida, nos termos do voto do Relator.

Raimundo Roberto de Castro, qualificado nos autos, interpôs o presente recurso crime em sentido estrito contra decisão exarada pelo Juízo da 5ª Vara do Júri da comarca de Fortaleza, que o pronunciou nas penas do art. 121, § 2º, incisos I e IV, c/c art. 29 do Código Penal Nacional, em face da morte da vítima Ana Bruna de Queiroz Braga, fulminada a tiros de revólver por José

Veridiano Fernandes Nogueira, fato ocorrido no dia 13 de abril de 2007, por volta das 19h, na rua Djalma Petit, bairro Aerolândia.

O representante do Ministério Público, alegando que havia um perfeito vínculo psicológico de co-participação, aditou a denúncia contra Raimundo Nonato Soares Pereira, José Eudásio do Nascimento de Sousa, Lúcio Antônio de Castro Gomes, João Batista Machado Portela e o recorrente, no caso o Delegado de Polícia Civil Raimundo Roberto de Castro.

Requeru, em síntese, que esta egrégia Segunda Câmara Criminal decrete a nulidade da decisão de pronúncia para que outra seja exarada, haja vista nela não conter as teses invocadas em defesa do recorrente que, em contrapartida, copiou na íntegra as alegações finais do Ministério Público que, certamente influenciarão os jurados, além do fato de desqualificar o recorrente.

Enfim, pede a impronúncia do Delegado/recorrente Raimundo Roberto de Castro, pela ausência de motivação para o convencimento do Juiz primário, para pronunciá-lo.

Contra-razões da parte *ex-adversa*, pelejando pelo improvimento do recurso (fs. 1.063/1.072).

Despacho de sustentação exarado às fs. 1.073.

Nesta Superior Instância os autos foram com vista à douta Procuradoria Geral de Justiça às fs.1080/1086, opinando pelo provimento do recurso.

É o relatório.

Para uma melhor compreensão dos fatos que antecederam a ação penal que deu origem a este recurso, há de ser considerada a morte do comerciante Francisco Válter Portela, fato ocorrido no dia 1º de março próximo passado, em sítios da Av. Osório de Paiva, nas proximidades do Anel Rodoviário, bairro Siqueira, município de Maracanaú.

Instaurado o inquérito policial para apurar o assassinato, surge mais um crime, desta feita foi executado Ademir Mendes de Paula, na área da 19º Distrito Policial, aquando prestou depoimento a menor Ana Bruna de Queiroz Braga, amante de Ademir, ficando esclarecido, naquela oportunidade, que Ademir Mendes de Paula havia participado, juntamente com Lúcio Antônio de Castro Gomes da morte do comerciante Valter Portela, bem assim, que outros co-autores do referido crime, num outro *pactum sceleris*, resolveram eliminar Ademir Mendes e, dias depois, foi a vez de Ana Bruna de Queiroz Braga, morta a tiros de revólver da impiedosa arma de José Veridiano Fernandes Nogueira.

Certo é que, a morte de Francisco Válter Portela aponta para a vindita por parte de um irmão germano que, em concurso com os demais co-autores, puseram fim a vida daquele infortunado comerciante.

A morte de Ademir Mendes de Paula indica que seu assassinato foi perpetrado por vingança de familiares de uma de suas vítimas – um cigano, num distrito sediado na comarca de Caucaia.

Por último, Ana Bruna de Queiroz Braga foi exterminada pelo grupo criminoso por ter ocorrido vazamento do teor de seu depoimento, que comprometia os co-autores dos outros dois crimes de homicídio.

O delegado/recorrente Raimundo Roberto de Castro foi denunciado e pronunciado tão-somente porque no dia do depoimento da vítima Ana Bruna, esteve na Secretaria de Segurança Pública, fato que levou o Ministério Público a incluí-lo na relação do grupo, que fulminou a infeliz jovem.

A douta Procuradora de Justiça, na condição de *custos legis*, ao pronunciar-se acerca deste recurso, foi enfática quando afirmou: Mesmo que se atenha em demonstrar a ligação subjetiva do recorrente ao fato, não chega o *Parquet* da primeira instância a nenhuma prova ou indício de que o mesmo tenha qualquer forma de ligação com a morte de Ana Bruna. Veja-se:

“Enquanto a apuração policial, com habilidade e a destreza de seus condutores, indicou um grande número de aparelhos celulares possivelmente usados pelos outros autores, não houve qualquer indicação de números que seriam utilizados pelo Delegado Roberto de Castro. Lamentavelmente, também, inexistiu qualquer registro cadastral de linha telefônica em seu nome, segundo as respostas de todas as operações, nos autos apartados do pedido de quebra de sigilo cadastral. Funcionário Público graduado, não se justificaria situação pecuniária ou qualquer motivo plausível para não ter sequer uma linha telefônica registrada em seu nome. É notório o desinteresse dessa apuração, dado que o mesmo convive diuturnamente com seus pares da polícia civil, e sem dúvida, a equipe apuradora conhece seus vínculos com os demais policiais envolvidos nesse crime e muito bem poderiam proceder ao seu levantamento, não fosse o espírito corporativo.

No dia do fato, cabe registrar, já que merece importância, permaneceu na sede da Superintendência da Polícia Civil até uma hora da tarde, quando na verdade estava afastado de suas funções por licença médica, segundo notícia a sua repartição de origem.

A falta de interesse da apuração em torno de seu envolvimento foi manifesta e dolosa, intencional, dado os inconfessáveis motivos que não podemos relacionar nessa peça, por não dispor de provas e documentos que o certifiquem. O currículo criminal e a gama de imputações que lhe recaem e que não são transformadas em arquivamento por falta de provas, se constitui uma rotina na sua vida funcional. Os fatos anteriores, as informações que todos que operam no âmbito criminal sabem acerca da relação e do envolvimento de Roberto de Castro com “Nonatinho”, e por

consequência com seus comparsas, não foram sequer levantadas. O envolvimento do grupo de extermínio não seria viabilizado sem que não houvesse um vínculo entre o indicado mandante e os seus comparsas.

O fato de Ana Bruna externar a opinião de que o Delegado não teve qualquer envolvimento com a morte de Válder Portela, e por não implicá-lo, não induz que fatalmente não houve qualquer interesse de sua parte em sua eliminação. Foram apontados seus companheiros de façanha, com reflexo notório em relação à sua pessoa, que tinha motivos para mandar matar o vitimado, por noticiar suas práticas criminosas de extorsão e abuso de poder.

Mesmo antes de Ana Bruna depor, o referido réu já estava à espreita, e sem dúvida teve acesso ao conteúdo de suas revelações, ditas informalmente na manhã do dia nove de abril.

A prova indiciária, sem conjecturas ou presunções levianas, aponta com evidências o seu vínculo de intenções e interesses a participação do acusado Raimundo Roberto de Castro, no concerto delituoso destinado a eliminar a testemunha Ana Bruna.

Parágrafo por parágrafo não se vê uma só imputação de qual seria o ato, comissivo ou omissivo, praticado pelo recorrente na morte da vítima do processo. Se contra este pesam sérias acusações noutros feitos, não podem, por óbvio, contaminar a alma dos envolvidos no processo para que uma absolvição se revele como impunidade” (fs. 1.080/1.086).

Deveras, o Juiz da decisão, após transcrever a denúncia, aditamento e as alegações finais do Órgão Acusador, concluiu que os “primeiros acusados atuaram de modo objetivo e o Delegado Roberto de Castro de modo subjetivo ao fornecer elementos direto ou indiretamente à prática do fato” (fs.1.007).

A testemunha Ana Paula Braga Fonseca, prima e confidente da vítima, afirmou perante a Autoridade Judiciária e de dois representantes do Ministério Público que “*Ana Bruna avistou Roberto de Castro no dia em que foi depor na superintendência e disse para a depoente que o Dr. Roberto de Castro estava sendo acusado de ter mandado matar Válder Portela, entretanto disse que o mesmo não tinha nada haver com o crime*” (fs. 554).

Anote-se que a pronúncia perseguida foi produzida na vigência da Lei nº 11.689/2008, que alterou a denominação desse ato judicial, passando a denominar-se Decisão de Pronúncia”, dando-se novo perfil, senão vejamos referido dispositivo.

Art. 413 – O juiz fundamentadamente, pronunciará o acusado, se convencido da materialidade do fato e da existência de indícios suficientes de autoria ou da participação.

§ 1º - A fundamentação da pronúncia limitar-se-á à indicação da materialidade do fato e da existência de indícios suficientes de autoria ou de participação, devendo o Juiz declarar o dispositivo legal em que julgar incurso o acusado e especificar as circunstâncias qualificadoras e as causas de aumento de pena”.

A leitura do dispositivo mostra de imediato que a decisão de pronúncia é ato judicial processual penal estritamente vinculado à realidade objetivada nos autos, exigindo do Juiz que se tenha convencido tanto da prova da existência do crime – materialidade – como também da presença de indícios de ser o réu o seu autor – autoria – impondo-se, ainda, que o Juiz fundamente a sua conclusão.

Por oportuno, vale a pena trazer a colação trechos do acórdão do *habeas corpus* nº 130.429/CE, da Relatoria do ilustre Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, publicado no DJe do dia 08 de setembro deste ano:

Verbo ad verbum:

“Na verdade, pode-se afirmar que a Sentença ou a Decisão de Pronúncia para usar a atual denominação dada pelo CPP, constitui um juízo prévio, provisório e singular de culpabilidade do acusado e deve externar uma probabilidade concreta de que o denunciado seja o autor do delito e não apenas a simples possibilidade daí a importância da fundamentação, especialmente quando se sabe que o Júri Popular não é técnico e, conseqüentemente, está mais exposto às paixões e à eloqüência da acusação e da defesa.

A ilustre Ministra MARIA TEREZA ROCHA DE ASSIS MOURA, respeitada Professora de Direito Processual Penal e uma das mais eruditas Magistradas do STJ, tem uma página de notável definição sobre a hipótese que autoriza a submissão de qualquer acusado a julgamento, que bem se aplica ao caso em discussão, dizendo o seguinte:

É que, para alguém seja acusado em juízo, faz-se imprescindível que a ocorrência do fato típico esteja evidenciada; que haja, no mínimo, probabilidade (e não mera possibilidade) de que o sujeito

incriminado seja seu autor e um mínimo de culpabilidade. O Juízo do possível conduz à suspeita, e é inaproveitável para uma acusação. Para que uma pessoa seja acusada da prática de infração penal, deve despontar não como possível, mas como provável autor do delito. Daí dizemos que, como relação à autoria, devem existir, no mínimo, indícios bastantes para a imputação” (Justa Causa para a Ação Penal. São Paulo, RT, 2001, p. 222).

Na hipótese dos autos, especificamente no tocante à participação do recorrente no crime de morte em que foi vítima Ana Bruna, a decisão de pronúncia permitiu-se lastrear-se nos termos da própria denúncia e nas alegações finais, as quais foram transcritas com fidelidade, acrescentando os maus antecedentes do recorrente, descurando-se da imprescindível fundamentação.

A desdúvidas, o recorrente Raimundo Roberto de Castro, Delegado de Polícia Civil, indubitavelmente é conhecido na mídia como responsável por inúmeros crimes, todavia, não se pode afirmar que, no caso em exame, tenha participado, mesmo que objetivamente, como afirma o Juiz da decisão sem qualquer fundamentação.

A fundamentação da decisão de pronúncia é de vital importância para a sua sobrevivência, não bastando a mera evasiva processual do *in dubio pro societate*, que não se harmoniza com o processo penal moderno, calcado nas garantias individuais, até mesmo porque estamos vivenciando a era das garantias fundamentais. Precedentes do Superior Tribunal de Justiça:

PROCESSUAL. PENAL. *HABEAS CORPUS*. ART. 121, § 2º, INCISOS II E IV, DO CP. ART. 14 DA LEI Nº 6.368/76 – ANTIGA LEI DE TÓXICOS – PRONÚNCIA. INDÍCIOS DE AUTORIA E ADMISSÃO DAS QUALIFICADORAS. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO CONFIGURADA. SEGREGAÇÃO CAUTELAR MANTIDA.

I. Ao proferir a decisão de pronúncia, nos termos do dispositivo do art. 408 do CPP, o juiz deve manifestar-se, objetiva e sucintamente, não só sobre o tipo básico, apontando as razões da admissibilidade do crime e da autoria, mas, também, se for o caso, sobre as qualificadoras que entender admissíveis.

II. Ainda que trate de um mero juízo de admissibilidade, no qual é vedado ao sentenciante proceder a um exame exauriente da prova e em que prevalece o princípio *in dubio pro societate*, revela-se nula a decisão de pronúncia que deixa de motivar concretamente a admissibilidade da acusação por não indicar uma prova sequer

referente à autoria atribuída ao paciente, bem como acerca da admissão das qualificadoras (Precedentes).

III. O reconhecimento da nulidade da decisão de pronúncia não acarreta automaticamente a revogação da custódia cautelar do paciente, anteriormente decretada, de forma fundamentada.

IV. *Habeas Corpus* parcialmente concedido (HC 76.146/RJ, Rel. Min. Félix Fischer, DJU de 04.08.08).

HC. PRONÚNCIA. ALEGADA PARTICIPAÇÃO DO PACIENTE EM HOMICÍDIO QUALIFICADO. ARTS. 121, § 2o., I e IV, 29 E 288 DO CPB. INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA. INOCORRÊNCIA DE OFENSA AO DIREITO DE DEFESA. CÓPIA DO IPL DISPONIBILIZADA. DECISÃO NÃO BASEADA NAS INTERCEPTAÇÕES. INÉPCIA DA DENÚNCIA. REITERAÇÃO DE PEDIDO DE HC. NÃO CONHECIMENTO. NULIDADE DA PRONÚNCIA QUE APENAS REPETE OS TERMOS DA DENÚNCIA. AUSÊNCIA DE ADEQUADA FUNDAMENTAÇÃO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL. PARECER DO MPF PELO PARCIAL CONHECIMENTO E DENEGAÇÃO DA ORDEM. ORDEM PARCIALMENTE CONHECIDA E, NESSA EXTENSÃO, PARCIALMENTE CONCEDIDA, PARA ANULAR A SENTENÇA DE PRONÚNCIA, POR AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO.

1. Não se conhece de *Habeas Corpus* em que se pede o trancamento da Ação Penal, sob a alegação de inépcia da denúncia, se a postulação apenas repete ordem dantes impetrada em favor do mesmo paciente, com idêntico fundamento e oportunamente conhecida e denegada por decisão desta mesma Turma Julgadora (HC 118.539/CE).

2. A higidez da Ação Penal é certamente contaminada pela prova colhida por meio de interceptação de diálogos telefônicos, se a respectiva mídia permaneceu inacessível à defesa do acusado; neste caso, porém, os seus conteúdos degravados foram disponibilizados no IPL e não serviram de suporte à Sentença de Pronúncia, proferida ao abrigo do antigo art. 408 do CPP.

3. É de todo indispensável que o Juiz fundamente a Sentença de Pronúncia (art. 408 do CPP) e, embora este ato não deva ser conclusivo e profundo a ponto de poder prejudicar a defesa do

acusado no Plenário do Júri, influenciando no ânimo dos Jurados, não pode igualmente se limitar a repetir simplesmente os termos da denúncia (STF, HC 72.049/MG, Rel. Min. MARCO AURÉLIO, DJU 18.05.01).

4. A Sentença de Pronúncia é ato que expressa a convicção do Juiz quanto à ocorrência de crime doloso contra a vida, mas somente em face de poderosos indícios de autoria se admite o envio do feito ao julgamento pelo Tribunal do Júri, por isso que se exige do Juiz que, ao pronunciar o réu, indique as provas que densificaram os indícios de autoria colhidos nas fases inquisitorial e instrutória preliminar e que foram aptos a incutir-lhe no espírito a convicção da necessidade de submetê-lo a julgamento pelo Tribunal Popular. Precedente: HC 76.146/RJ, Rel. Min. FÉLIX FISCHER, DJU 04.08.08.

5. O reconhecimento da nulidade da sentença de pronúncia não acarreta automaticamente a impronúncia do réu, porque a razão da anulação é sempre a identificação de falha ou irregularidade que não compromete de logo a justa causa da Ação Penal. Precedente: HC 108.226/PE, Rel. Min. FÉLIX FISCHER, DJU 18.05.09.

6. HC parcialmente conhecido e, nessa extensão, ordem parcialmente concedida. Sentença de Pronúncia anulada. (HC 130429/CE, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, 5ª Turma, DJe 08.09.2009).

A luz de tudo quanto foi exposto, notadamente a motivação da decisão de pronúncia que foi exarada sem qualquer fundamentação acerca dos indícios da autoria, a qual foi lastreada tão-somente nas transcrições da denúncia e nas alegações finais do Órgão Acusador, não apontando os indícios/probatórios que serviram de amparo às suas conclusões, razão por que hei por bem nulificar a decisão recorrida para que outra seja proferida, com adequação ao conjunto probatório dos autos, caso existam.

É como voto.

Fortaleza, 23 de novembro de 2009.

¹HC 130.439/CE. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, DJu 8.9.09

ÍNDICE ALFABÉTICO**JURISPRUDÊNCIA CÍVEL****APELAÇÃO CÍVEL**

Ação cautelar – ausência de indicação da lide principal e de seu fundamento – natureza satisfativa – falta de oportunidade para emenda da inicial – irregularidade sanável – desfundamentação da sentença *a quo* – não configuração.....17/18.

Acidente de trânsito – ação de reparação de danos – atropelamento e morte de pedestre por ônibus de empresa de transporte coletivo em via pública – responsabilidade civil objetiva – obrigação de indenizar.....94/95.

Alegações finais – pedido de resposta aos quesitos suplementares – não manifestação do juiz – anulação do processo a partir da produção da prova pericial.....164/165.

Cartão de crédito – bloqueio – cláusula contratual – ausência de abalo ao crédito ou situação vexatória – dano moral inexistente.....102.

Concurso público – homologação do certame – nomeações, posses e exercícios consequentes – transcurso do prazo para estabilidade – instauração de processo administrativo – citações dos servidores por editais – impossibilidade quando não demonstradas as hipóteses legais – anulação do concurso público e exonerações dos aprovados – reintegração aos cargos.....49/51.

Contrato de promessa de compra e venda de imóvel – atraso injustificado na entrega do imóvel – regime de construção por administração prevista na Lei nº 4.591/64 – legitimidade passiva da construtora – indenização devida.....39/40.

Corte indevido de energia elétrica – dano moral – quantificação – funções: sancionadora, educativa e compensatória.....82.

Embargos de terceiro – senhor e possuidor – constrição na posse de imóvel de propriedade dos embargantes – remédio jurídico hábil à defesa dos bens já penhorados.....13.

Erro médico – danos morais – prescrição – Código Civil de 1916 – vintenária – Código de Defesa do Consumidor – quinquenal – ciência do dano e protocolo da

ação após o advento do CDC – princípio da eficácia imediata da lei nova e da especialidade – prescrição consumerista configurada.....	23/25.
Investigação de paternidade – provas indiciárias – prova testemunhal – admissibilidade.....	177.
Licitação – revogação – fato superveniente – incorrência – limites – boa fé – administração – comportamento contraditório – impossibilidade.....	181.
Morte de detento por companheiros de cela – responsabilidade objetiva do Estado – ausência de culpa dos agentes públicos – irrelevância – danos materiais – pensionamento mensal a título de alimentos – parcela única – impossibilidade – danos morais constatados.....	85/86.
Morte por infecção contraída em hospital público – responsabilidade civil objetiva do Estado – ato omissivo – risco administrativo – ausência de excludentes do nexo de causalidade ou etiológico.....	148/150.
Previdenciário – auxílio-acidente e aposentadoria – possibilidade de acumulação – ação proposta após a vigência da Lei nº 9.528/97 – concessão do benefício acidentário anterior à norma proibitiva – direito adquirido	171.
Prova documental – juntada posterior de documento essencial ao deslinde da causa – ausência de intimação da ré para sobre ele se manifestar – violação ao princípio do contraditório e da ampla defesa.....	77.
Seguro – incêndio criminoso – notas fiscais “frias” - utilização e locupletamento – não configuração – ônus da prova – inexistência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do dever de indenizar – lucros cessantes – princípio da razoabilidade e da vedação ao enriquecimento ilícito – dano moral – pessoa jurídica – possibilidade.....	105.
Servidor público – remoção – discricionariedade administrativa - gerenciamento dos recursos humanos – juízo de conveniência e oportunidade – ausência de formalização – mandado de segurança – concessão.....	45.
Servidor público – salário mínimo – remuneração total do servidor – garantia de pagamento – súmula vinculante nº 16, do STF – carga horária – irrelevância.....	71.

Sociedade de fato – concubinato impuro – direitos patrimoniais – comprovação do esforço comum na aquisição de bens – inteligência da súmula nº 380 do STF.....139.

AGRAVO DE INSTRUMENTO

Ação ordinária cautelar com pedido de liminar – agravo – limites do recurso – impossibilidade de decidir da pretensão, quando não houve exame rigoroso do mérito pelo juiz *a quo*.....191.

Acidente de trabalho – ação indenizatória por danos morais contra o empregador – direito comum – autonomia em relação ao direito previdenciário – procedimento – inaplicabilidade da legislação especial – rito ordinário.....195/196.

Crédito tributário – consignação em pagamento – expedição de certidão positiva com efeitos negativos – indeferimento – extinção da exigibilidade do crédito tributário pelo reconhecimento judicial da compensação com valores em desfavor do fisco municipal – impossibilidade.....211/214.

Direitos fundamentais – antecipação de tutela – fornecimento de medicamento – doença crônica – paciente sem condições financeiras – medicação prescrita por profissional da rede pública.....203/204.

Previdenciário – benefícios assistenciais – prorrogação até os 24 anos por ser estudante universitário – ausência de previsão legal – Lei nº 10.776/82 – impossibilidade.....199.

Sistemática recursal – faculdade do relator – ampliação dos efeitos do recurso – possibilidades – Lei nº 10.352/2001 e Arts. 527, III e 558, do CPC – aplicabilidades215.

CONFLITO DE COMPETÊNCIA

Estatuto da Criança e do Adolescente – ato infracional – competência para conhecer dos feitos – domicílio dos pais ou do responsável – lugar onde se encontra a criança ou o adolescente – Art. 147, §1º do ECA – lugar da ação ou omissão, observação das regras de conexão, continência e prevenção.....223.

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO

Efeitos modificativos – exclusão da multa aplicada por litigância de má-fé – impossibilidade – hipóteses de cabimento não configuradas.....229.

Interposição em sede de Agravo de Instrumento – contradição, omissão e obscuridade – não existência – objetivo de rediscutir a matéria – inteligência do Art. 535, do CPC.....237.

EMBARGOS INFRINGENTES

Transporte coletivo – acidente decorrente de falha da prestação do serviço público – morte – responsabilidade objetiva das pessoas jurídicas: de direito público (titular do serviço) e de direito privado (que exerce o serviço por concessão) – danos morais e materiais.....245/247.

HABEAS CORPUS CÍVEL

Depositário judiciário – prisão civil – ausência de fundamentação – nulidade – Pacto de São José da Costa Rica – privação de liberdade por dívida – impossibilidade.....259.

RECLAMAÇÃO CÍVEL

Execução fiscal - Emenda à petição inicial – decisão que determina a exclusão de parte do débito tributário em face da prescrição – conteúdo decisório evidente – decisão judicial que enfrenta recurso próprio – reclamação não conhecida.....267.

JURISPRUDÊNCIA CRIMINAL

APELAÇÃO CRIME

Abandono material – réu apelado vítima do alcoolismo – ausência de prova do elemento subjetivo – absolvição.....277.

Estupro – autoria – alegação de falta de provas – incoerência – revogação do Art. 226, inciso III, do CP – princípio da retroatividade da *lex mitior* – aplicabilidade *ex officio*.....284.

Tráfico de entorpecentes – pedido de desclassificação – inviabilidade – evidenciada a prática da conduta vender substância entorpecente290.

Tribunal do júri – desconstituição do veredicto popular a pretexto do crime ter ocorrido sob o impacto da violenta emoção imediata a injusta provocação da vítima – provocações pretéritas – impossibilidade280.

HABEAS CORPUS

Busca e apreensão de arma de fogo em poder de advogado – diligência acompanhada por representante da OAB – inexistência de violação ao Art. 7º, II, da Lei nº 8.906/94 – prisão em flagrante – legalidade da medida.....299.

Denúncia – erro na capitulação dada ao crime – descrição fática correta – o juiz pode dar definição jurídica diversa – *jura novit curia* – exclusão de qualificadora – impossibilidade.....314.

Formação de quadrilha – prisão temporária – possibilidade – imprescindível às investigações policiais – excesso de prazo – ocorrência.....339.

Pedido de extensão do habeas corpus – organização criminosa – tráfico interestadual de drogas e lavagem de dinheiro – prisão preventiva – garantia da ordem pública e conveniência da instrução criminal.....320.

Processo penal – trancamento da ação penal – princípio da insignificância – aplicabilidade.....327.

Progressão de regime – impropriedade do meio escolhido – não conhecimento – necessidade de exame de elementos subjetivos – incabível a utilização do *mandamus*.....307.

Tráfico de drogas – prisão em flagrante – manutenção durante todo o processo – sentença penal condenatória recorrível – fundamentação adequada para o novo título prisional.....316/317.

RECURSO CRIME EM SENTIDO ESTRITO

Crime de dano – decisão que rejeitou recebimento da denúncia por lhe faltar um dos pressupostos – fuga de preso causando dano ao patrimônio público – ausência de perícia na cela – crime que deixa vestígios – crime não configurado.....347/348.

Pronúncia – ausência de fundamentação acerca dos indícios de autoria – decisão calcada apenas nas transcrições da denúncia e alegações finais do órgão acusador – impossibilidade.....350.



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, Março de 2010.