



Tribunal de Justiça do Estado do Ceará

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

**Volume 34 - 2010
Abril / Junho**

ISSN 2175-0874

R. Jurisp. Trib. Justiça Est. Ceará, Fortaleza, v.34, p. 1 - 395, 2010

Revista de Jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará
Volume 34.2010
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

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) 3207.7104
www.tjce.jus.br
e-mail: jurispru@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 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
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 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 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
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)

Desembargadora Maria Estela Aragão Brilhante - Presidente
Desembargador Paulo Camelo Timbó

Sumário

Jurisprudência Cível

| | |
|---|---------|
| Apelação Cível..... | 13/235 |
| Agravo de Instrumento..... | 239/257 |
| Ação Direta de Inconstitucionalidade..... | 261/269 |
| Ação Rescisória..... | 273/283 |
| Habeas Corpus Cível..... | 287/291 |
| Mandado de Segurança..... | 295/311 |

Jurisprudência Criminal

| | |
|---------------------------------------|---------|
| Apelação Penal..... | 317/353 |
| Habeas Corpus..... | 357/379 |
| Recurso Crime em Sentido Estrito..... | 383/389 |
| Índice Alfabético..... | 391/395 |

Jurisprudência Cível

Apelação Cível

APelação CÍVEL Nº. 2000.0015.8979-3/0
APELANTES: PEDRO INÁCIO DE CASTRO E ESPOSA
APELADOS: JOSÉ CHAVES NUNES E ESPOSA
ORIGEM: AÇÃO DE USUCAPIÃO (COMARCA DE SÃO LUÍS DO CURU)
RELATOR: DES. ADEMAR MENDES BEZERRA

EMENTA: DIREITO CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO DE USUCAPIÃO EXTRA-ORDINÁRIO DE BEM IMÓVEL. ATOS DE MERA PERMISSÃO OU TOLERÂNCIA. POSSE AD USUCAPIONEM E ACESIO POSSESSIONIS NÃO COMPROVADAS. INTELIGÊNCIA DOS ART. 497 C/C ART. 495 DO CÓDIGO CIVIL DE 1916, REPRODUZIDOS PELO NCC (ARTS. 1.208 E 1.206).

I – Não configurada a posse com *animus domini*, a par dos demais requisitos insertos no *caput* do art. 1.238 do Código Civil (antigo, art. 550), o que lhe conferiria o caráter “ad usucapionem”, é de ser indeferido o pleito autoral, não se lhe reconhecendo o domínio do imóvel objeto da demanda.

II – Hipótese em que não restou demonstrada a posse dos usucapientes, inclinando-se o conjunto probatório na direção da ocorrência de atos de mera permissão ou tolerância do antigo dono, não havendo que se falar, outrossim, em acréscimo da posse antecedente (*accessio possessionis*), dès que esta nunca existiu.

III – Apelação desprovida.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de Apelação Cível nº. 2000.0015.8979-3/0, em que figuram as partes acima referidas, acordam os Desembargadores integrantes da Turma Julgadora da 2ª Câmara Cível do egrégio Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, à unanimidade de votos, conhecer do recurso interposto, para, todavia, lhe negar provimento, nos termos do voto do Relator.

Fortaleza, 8 de julho de 2009.

RELATÓRIO

Trata-se de recurso apelatório interposto por PEDRO INÁCIO DE CASTRO e sua esposa, MARIA ECILDA DA SILVA CASTRO, irresignados com a r. sentença de mérito, por meio da qual restou julgado improcedente o pedido inaugural.

Os referidos autores, ora apelantes, intentaram ação de usucapião extraordinário, alegando ser possuidores, por mais de 30 (trinta) anos, com ânimo de donos e de forma mansa, pacífica e ininterrupta, do imóvel descrito na exordial, qual seja “uma quadra de terra que mede e extrema: AO NORTE (fundos), 21m, com propriedade de Maria Lopes de Lima; AO SUL (frente), 21m, com propriedade de Raimundo Chaves Nunes; AO LESTE (nascente), 35m, com propriedade de José Herculano Primo e AO OESTE (poente), 35m, com propriedade de Josefa Inácio de Castro”.

Dizem que o primeiro autor herdou de seu pai, Francisco de Castro Filho, o aludido imóvel, o qual o teria recebido de um “tal Dr. Fernando” que, por sua vez, nunca lhes reivindicou o domínio daquele bem, local em que plantaram, colheram e cercaram por diversas vezes ao longo de todos esses anos.

Acostados à exordial, os documentos de fls. 05/07, contendo memorial descritivo e planta do imóvel usucapiendo.

À fl. 13, certidão cartorária, comprobatória de que o bem em apreço não é registrado.

Deferimento, em favor dos autores, dos benefícios da assistência judiciária gratuita (fl. 14v).

Citação pessoal dos confinantes às fls. 20/21 e 25 e, por edital, de eventuais interessados (fl. 24).

Às fls. 30/35, repousa contestação de uns dos confinantes, JOSÉ CHAVES NUNES e sua esposa, MARIA ZILCE MOREIRA NUNES, aduzindo que são os verdadeiros possuidores do imóvel em questão, adquirido, em 1967, de Raimundo Chaves Nunes, irmão do primeiro contestante, tendo os legítimos possuidores do terreno apenas autorizado que o genitor do promovente varão, aqui apelante, cercasse o imóvel em litígio, a fim de que fosse impedida a colocação de lixo no lugar.

Argumentam, enfim, os promovidos, ora apelados, que nunca existiu a figura desse “tal Dr. Fernando”, tendo havido apenas uma permissão para que o genitor do primeiro promovente cercasse o terreno, daí a razão pela qual não há falar em posse do Sr. Francisco Castro Filho e, muito menos, de seu herdeiro ou de sua respectiva esposa.

Petições de fls. 42/43, indicando o desinteresse pelas Fazendas da União e do Estado quanto ao imóvel usucapiendo, não se tendo manifestado a Fazenda Pública Municipal, embora intimada.

Iniciada a instrução, foi realizada perícia (fl. 60) bem como ouvidas as partes e as testemunhas indicadas por ambas (fls. 83/88, 103/107 e 114/117).

Memoriais (fls. 122/123 e 124/129).

Às fls. 144/147, parecer do Órgão do Ministério Público de primeiro grau, opinando pela improcedência do pedido, por considerar que "...a situação do genitor do Sr. PEDRO INÁCIO DE CASTRO frente ao imóvel usucapiendo era de mera permissão e tais atos não induzem (...) posse", culminando com a sentença aqui impugnada (fls. 149/155), no mesmo sentido da manifestação ministerial.

Enfim, apelação de fls. 161/165, onde se alega *error in iudicando*, tendo em vista dois pontos essenciais: primeiro, o fato de a sentença ter contrariado o resultado da perícia realizada (constatando que o imóvel descrito na escritura apresentada pelos réus não abrangia o objeto da demanda); segundo, a circunstância de a decisão impugnada ter levado em conta apenas os depoimentos das testemunhas dos promovidos.

Contra-razões (fls. 167/172).

Parecer da douta PGJ (fls. 180/181), pelo desprovimento do apelo. É o relatório.

VOTO

Senhor(a) Presidente, a questão meritória devolvida ao conhecimento desta egrégia Corte de Justiça cinge-se em saber se há prova nos autos de que, em favor dos autores/apelantes, existiu realmente posse sobre o imóvel usucapiendo, revestindo-se esta, durante o prazo da prescrição aquisitiva extraordinária, do *animus rem sibi habendi*, isto é, da vontade de ter a coisa para si, de tê-la como sua; ou se, ao contrário, ela decorria de atos de mera permissão ou tolerância do proprietário ou legítimo possuidor.

Pois bem. Compulsando os presentes fólios, verifica-se que a sentença de primeiro grau – proferida em harmonia com o parecer do Ministério Público oficiante na Comarca de São Luís do Curu e, depois, corroborada pela Procuradoria de Justiça –, não merece qualquer reproche.

É que não só as testemunhas dos promovidos, aqui apelados, indicaram ser precária, a posse dos autores, como também até mesmo alguns dos depoimentos das testemunhas dos autores/apelantes conduziram à conclusão de que se tratava de atos de mera permissão ou tolerância dos legítimos possuidores para com os promoventes.

Com efeito, ninguém ouvira falar do indigitado "Dr. Fernando", o suposto proprietário do imóvel usucapiendo que o teria negociado com o Sr. Francisco de Castro Filho (também conhecido na região por Chico Acácio), pai do primeiro promovente/apelante, PEDRO INÁCIO DE CASTRO. É o que diz

a própria esposa do suplicante varão, e também recorrente, MARIA ECILDA DA SILVA DE CASTRO, em seu depoimento prestado à fl. 86, senão veja-se:

“Que nunca ouviu falar no nome de Dr. Fernando...”.

Isso é corroborado pela inexistência de qualquer documento que comprove a alegada transação. Indagado a respeito, assim se manifestou o autor/apelante em seu depoimento pessoal (fl. 84v):

“Que da compra do imóvel não recebeu o pai do depoente nenhum documento escrito...”.

Por seu turno, logo a primeira testemunha dos promoventes, Maria Lopes de Lima, a qual reside nas proximidades do imóvel em disputa, no depoimento prestado à fl. 104 é esclarecedora quanto a não se ter comprovado a posse *ad usucapionem* dos requerentes, conforme excertos abaixo transcritos:

“que não sabe informar quem seja o proprietário do imóvel usucapiendo; que, quando vivo, **quem tomava de conta do imóvel litigado** era o Sr. Chico Acácio, pai dos autores (...); que nunca ouviu falar que um tal Dr. Fernando fosse o verdadeiro proprietário do imóvel (...); que desde 1958, data em que passou a residir na Comarca, conhece o imóvel litigado, não sabendo informar quem sobre ele exercia a posse; que a casa dos autores é separada por uma cerca do imóvel litigado; que não sabe e nem acha de quem seja o terreno; que não sabe a que atribuir o fato de dizerem que o imóvel usucapiendo pertence aos promoventes, pois na verdade nunca ouviu falar que a eles pertencia o imóvel; que no terreno usucapiendo Chico Acácio, pai dos autores, criava galinhas e porcos; que embora tais fatos não tinha comentários de que o imóvel pertencia aos autores (sic)”. Grifou-se.

Esse depoimento, em particular, foi levado em consideração na sentença guerreada, como se pode constatar da leitura das folhas 152/153 dos autos.

De maneira que não colhe, em absoluto, o argumento dos recorrentes no sentido de a decisão impugnada ter levado em conta apenas os depoimentos das testemunhas dos promovidos.

Na verdade, o conjunto fático-probatório inclina-se na direção da ocorrência de atos de mera permissão ou tolerância por parte do antigo possuidor do imóvel, Sr. Sabino Nunes da Silva (já falecido, e pai do promovido/apelado,

JOSÉ CHAVES NUNES), o qual – dada a relação de amizade desfrutada com o genitor do promovente varão, Sr. Francisco de Castro Filho, e por este residir vizinho ao terreno em litígio – permitiu que ele o cercasse, a fim de evitar a colocação de lixo no lugar, o que prejudicava a vizinhança.

Acontece que, antes de morrer, o Sr. Sabino Nunes da Silva deixou o imóvel para um de seus filhos, no caso o Sr. Raimundo Chaves Nunes (também já falecido) que, posteriormente, o negociou com o irmão JOSÉ CHAVES NUNES, ora apelado, sendo fato incontroverso que o pai do promovente varão, Sr. Francisco de Castro Filho (o mesmo Chico Acácio) nunca reclamou, em vida, o direito à suposta posse sobre o imóvel em questão, partindo de seus filhos tal iniciativa.

Assim sendo, a melhor posse cabe, realmente, aos promovidos, aqui apelados, pois diz a lei que “A posse transmite-se aos herdeiros ou legatários do possuidor com os mesmos caracteres” (NCC, art. 1.206; antigo, art. 495), tendo sido, então, recebida pelos herdeiros de Sabino Nunes da Silva, genitor de um dos promovidos, aqui apelado.

Ademais, não se desincumbindo o primeiro apelante, de provar a posse de seu pai, Francisco de Castro Filho, dele recebeu apenas a detenção do bem, já que “Não induzem posse os atos de mera permissão ou tolerância assim como não autorizam a sua aquisição os atos violentos, ou clandestinos, senão depois de cessar a violência ou a clandestinidade” (NCC, art. 1.208; antigo, art. 497).

Sobre a precariedade da posse, pontifica, com a maestria de sempre, o inolvidável CAIO MÁRIO DA SILVA PEREIRA (*in* INSTITUIÇÕES DE DIREITO CIVIL, VOL. IV. 18. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 29):

“Posse precária é a do fâmulo da posse (...), isto é, daquele que recebe a coisa com a obrigação de restituir, e arroga-se a qualidade de possuidor, abusando da confiança, ou deixando de devolvê-la ao proprietário, ou ao legítimo possuidor.”
(Grifou-se).

Foi, a meu ver, exatamente o que aconteceu na espécie, à medida que o promovente varão, com a morte de seu pai, tentou apoderar-se do imóvel cuja posse nunca fora adquirida, não havendo, assim, que se falar em acréscimo da posse antecedente (*accessio possessionis*), como lembrado pela douta Procuradoria de Justiça no bem lançado parecer de fls. 180/181.

Quanto à perícia realizada às fls. 60 e 94 –, que concluiu por não ser o imóvel referido na documentação apresentada pelos réus/apelados –, o mesmo objeto da lide, note-se que não é essencial ao deslinde da causa, dès que, por si só, não ilide a suposta posse dos promoventes nem inviabiliza a dos promovidos, sendo o seu valor apenas relativo para formar a convicção do juiz, não o vinculando.

Nesse sentido a jurisprudência dos pretórios pátrios, como se verifica, v.g., dos julgados cujas ementas seguem abaixo transcritas:

“PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INTERNO EM APELAÇÃO CÍVEL. DECISÃO MONOCRÁTICA COM BASE NO ART. 557 DO CPC. TENDINITE. CONVICÇÃO DO JUIZ. LAUDO PERICIAL. ACIDENTE DE TRABALHO. PRECEDENTES DO STJ. RECURSO DESPROVIDO. (...) A convicção do Juiz na análise das provas não se vincula ao laudo pericial. Pode formar e firmar sua convicção em sentido contrário à prova técnica, desde que justificada em outros elementos constantes dos autos, em atenção ao princípio da persuasão racional ou do convencimento motivado. (...) Recurso desprovido.” (TJ-ES; AGInt-AC 35980328690; Segunda Câmara Cível; Rel. Des. Samuel Meira Brasil Junior; Julg. 03/07/2007; DJES 02/08/2007; Pág. 96). Sem grifos na origem.

“PERÍCIA. VALOR RELATIVO. RECONHECIMENTO DO NEXO CAUSAL PELO CONJUNTO PROBATÓRIO. O laudo pericial é peça técnica informativa de valor relativo, que não vincula a solução a ser dada pelo Juízo, mormente se do conjunto fático-probatório for possível extrair convicção diversa daquela veiculada nas conclusões lançadas pelo perito. (...)” (TRT 02ª R.; RO 01565-2005-384-02-00-4; Ac. 2007/1026775; Quarta Turma; Rel. Juiz Ricardo Artur Costa e Trigueiros; DOESP 07/12/2007; Pág. 92). Sem grifos no original.

Demais disso, tal perícia foi realizada por um serventuário da Justiça, sem conhecimentos específicos para produzir o laudo em referência (ver fl. 55).

Em arremate, não configurada a posse com *animus domini*, a par dos demais requisitos insertos no *caput* do art. 1.238 do Código Civil (antigo, art. 550), o que lhe conferiria o caráter “ad usucapionem”, é de ser indeferido o pleito autoral, não se lhe reconhecendo o domínio do imóvel objeto da demanda.

Forte nas razões acima expendidas, conheço do apelo, conquanto preenchidos os pressupostos intrínsecos e extrínsecos de sua admissibilidade, para, todavia, lhe negar provimento, mantendo em todos os seus termos a decisão recorrida.

É como voto.

Fortaleza, 8 de julho de 2009.

APELAÇÃO CÍVEL N.º 2000.0095.5838-2/1
REMESSA OFICIAL: JUIZ DA 5ª VARA DA FAZENDA PÚBLICA
APELANTE: ESTADO DO CEARÁ
APELADA: MARIA IRISMAR ALMEIDA DE ALBUQUERQUE
RELATOR: DESEMBARGADOR ADEMAR MENDES BEZERRA
ÓRGÃO JULGADOR: 2ª CÂMARA CÍVEL

EMENTA. PROCESSO CIVIL E ADMINISTRATIVO. APELAÇÃO CÍVEL E REMESSA OFICIAL. DESCONTOS DE CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA QUANDO JÁ IMPLEMENTADOS TODOS OS REQUISITOS PARA A CONCESSÃO DA APOSENTADORIA. INADMISSIBILIDADE. APLICAÇÃO DA EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 20/1998. OMISSÃO INDEVIDA DO ENTE PÚBLICO CARACTERIZADA.

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

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

-O silêncio não é ato administrativo, mas, sim, ato omissivo, o qual, quando ofende direitos individuais ou coletivos, dá ensejo ao devido provimento jurisdicional.

-Matéria pacificada nesta colenda Corte de Justiça.

-Apelação e remessa oficial parcialmente providas.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos da remessa oficial e Apelação Cível n.º 2000.0095.5838-2/1, em que figuram as partes acima indicadas. Acorda a Segunda Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Ceará, em julgamento unânime, conhecer para dar parcial provimento ao recurso e à remessa, nos termos do voto do Relator.

Fortaleza, 08 de abril de 2009.

RELATÓRIO

Cuidam os presentes autos de apelação cível e remessa oficial interposta pelo Estado do Ceará, em face de decisão definitiva, a qual reconheceu a impossibilidade de descontos previdenciários na folha de pagamento da parte recorrida, relativos à contribuição previdenciária, determinando a devolução do indébito tributário, por ter a mesma implementado todos os requisitos para a aposentadoria, tendo inclusive se afastado do serviço público, cujo correlativo processo não foi finalizado em razão da demora da Administração Pública.

A matéria devolvida a esta segunda instância foi a seguinte: a) a impossibilidade de concessão da isenção perseguida diante do não implemento da condição aquisitiva; b) a legalidade dos recolhimentos realizados; c) a aposentadoria é ato complexo, sendo diferente o afastamento do serviço e o ato final da aposentadoria; d) isenção é benefício de aplicação restritiva; e) a condenação do Estado nas custas processuais; f) prescrição do pleito autoral uma vez que os valores começaram a ser descontados em 13 de agosto de 1999 e a ação só foi ajuizada em 10 de agosto de 2004; g) inaplicabilidade do § 1º do art. 3º da emenda constitucional nº 20/98.

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

A douta Procuradoria Geral de Justiça lançou parecer pelo improvimento da apelação e da remessa oficial.

É breve o relatório.

VOTO

Primeiramente, passo a análise da preliminar de prescrição do direito à devolução de parte dos valores descontados argüida pelo Estado do Ceará. Em uma leitura mais atenta dos autos, percebo que assiste razão ao Ente Federado mencionado uma vez que a parte autoral propôs a presente demanda somente em 10 de novembro de 2004 quando a mesma já tinha sido afastada do serviço público desde 13 de agosto de 1998.

Portanto, acolho a preliminar de prescrição quinquenal com o fito de declarar a pretensão relativa a todas as parcelas anteriores aos últimos cinco anos contados do ajuizamento da demanda prescritas, tudo em atendimento ao

disposto no art. 1º do Decreto nº 20.910/32 e o enunciado de nº 85 da Súmula do eg. STJ.

No mérito.

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

Nessa linha de idéias, quando o servidor passava à inatividade extinguir-se-iam os descontos previdenciários realizados em sua folha de pagamento. A demora do trâmite do processo de aposentação não pode ser tomada como motivo para a persistência dos descontos, pois autorizaria um verdadeiro embaraço, no sentido de que obrigaria o servidor a continuar financiando o sistema unicamente em razão das excessivas burocracias e ineficiências que impedem o célere trâmite do processo administrativo.

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

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

No presente caso, o processo administrativo perdura por longos meses, haja vista ter sido afastada desde 13.08.1999, importando injusto prejuízo com a manutenção dos descontos, os quais não possuem motivo algum para se manterem. A demora da Administração Pública não pode onerar o particular.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

-Reexame Necessário conhecido e improvido.

-Sentença confirmada, em todos os seus termos.

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

É intuitivo que não pode a parte ser penalizada pela demora injustificada da Administração, provocada exclusivamente por esta, em decorrência da análise do processo administrativo respectivo.

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

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

Por isso tudo, também não há razoabilidade na alegação de tratar o caso de isenção ou imunidade não previstos na lei ou na Constituição, respectivamente.

Ainda mais, venturosa a transcrição do nobre magistrado oficiante da 3ª Vara da Fazenda Pública, acerca da omissão indevida do ente público, extraída do julgamento da ação ordinária nº 2000.0136.9711-1:

“[omissis]

O silêncio não é ato administrativo; é conduta omissiva da Administração que, quando ofende direito individual ou coletivo dos administrados ou de seus servidores, sujeita-se a correção judicial...

A inércia da Administração, retardando ato ou fato que deva praticar, caracteriza, também, abuso de poder que enseja correção judicial”(in Direito Administrativo Brasileiro, 24ª edição, Malheiros, 1999, p. 99).

Os artigos art. 111, I e II, e art. 176, todos do Código Tributário Nacional, bem como o parágrafo 6º, do art. 150, da CF/1988, os quais rezam a respeito do instituto tributário da isenção, não convencem acerca da plausibilidade das alegações do ente público, uma vez que não se trata de isenção tributária, mas, sim, de não incidência do tributo em relação aos interessados que, mesmo afastados do serviço, passam longos anos esperando a publicação das suas aposentadorias, muito embora pagando o tributo como se em plena atividade estivessem, por ato exclusivo do ente público.

Aplicável, no particular, o princípio do *venire contra factum proprium*, o qual veda o comportamento contraditório da parte, a fim de manter incólume o primado da boa fé objetiva.

Melhor sorte não guarda o Estado do Ceará no que se refere às

normas relativas à concessão de aposentadoria, cuja previsão remonta ao art. 71, III, da Constituição Federal.

O que ocorre, *in casu*, é a total quebra de proporcionalidade no procedimento adotado pelo ente público, sendo intuitivo que não pode a parte ser penalizada pela demora injustificada da Administração, provocada exclusivamente por esta, em decorrência da análise do processo administrativo respectivo.

Por isso, não vinga também o argumento de que, em última *ratio*, somente a partir de noventa dias é que deveriam cessar os descontos, na medida em que o descontrole é causado pelo próprio órgão estatal.

Finalmente, no que tange à taxa de juros e o *dies a quo* para sua incidência (art. 167, do CTN), entendo razoável o argumento do ente público, dado que *habemus legem*.

Neste ponto, o parágrafo único do artigo 167, do Código Tributário Nacional:

“Art. 167. A restituição total ou parcial do tributo dá lugar à restituição, na mesma proporção, dos juros de mora e das penalidades pecuniárias, salvo as referentes a infrações de caráter formal não prejudicadas pela causa da restituição.

Parágrafo único. A restituição vence juros não capitalizáveis, a partir do trânsito em julgado da decisão definitiva que a determinar”.

Válido o enunciado de Súmula do Superior Tribunal de Justiça, para quem:

“Os juros moratórios, na repetição do indébito tributário, são devidos a partir do trânsito em julgado da sentença” (Súmula nº 188).

Finalmente, quanto à condenação ao pagamento de custas a ser assumida pelo Estado do Ceará, o Regimento de Custas, Lei estadual nº 12.381/94, dispõe que “são isentos do pagamento de custas o Estado do Ceará e seus Municípios, bem como os respectivos órgãos autárquicos e fundacionais”, sendo, portanto, o caso de ser excluída tal condenação, ante a expressa vedação legal.

Assim, conheço do presente recurso de nº 2000.0095.5838-2, por estarem presentes seus pressupostos intrínsecos e extrínsecos, bem como da remessa oficial, e lhes dou parcial provimento.

É como voto.

Fortaleza, 08 de abril de 2009.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 2000.0105.8251-8/1
APELANTE: TEUCIDES FERREIRA SANTOS
APELANTE: COMPANHIA ENERGÉTICA DO CEARÁ – COELCE
APELADO: TEUCIDES FERREIRA SANTOS
APELADO: COMPANHIA ENERGÉTICA DO CEARÁ – COELCE
RELATOR: DES. LINCOLN TAVARES DANTAS

APELAÇÃO CÍVEL Nº 2000.0104.3631-7/1
APELANTE: TEUCIDES FERREIRA SANTOS
APELANTE: COMPANHIA ENERGÉTICA DO CEARÁ – COELCE
APELADO: TEUCIDES FERREIRA SANTOS
APELADO: COMPANHIA ENERGÉTICA DO CEARÁ – COELCE
RELATOR: DES. LINCOLN TAVARES DANTAS

EMENTA: ADMINISTRATIVO. APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO EQUIVOCADAMENTE ROTULADA DE “CAUTELAR”: Pretensão de medida de natureza satisfativa (manutenção do fornecimento de energia elétrica). Dispensa de propositura de “ação principal”. Precedentes. AÇÃO ORDINÁRIA DE REPARAÇÃO DE DANOS MORAIS: Inexistência de desvio de energia. Cobrança excessiva. Manutenção do fornecimento de energia elétrica. Dano moral configurado. Indenização devida. Fixação. Elevação do valor.

1. A suspensão no fornecimento não pode ser feita por conta de “perícia” unilateral da concessionária, notadamente se posteriormente fica evidenciada a inexistência do alegado desvio de energia. Os concessionários do Poder Público não são juízes de seus próprios atos.

2. Cabível a condenação em danos morais quando comprovada a abusividade da cobrança pela credora, bem como da ameaça de “corte”, injusta e arbitrária, em razão do alegado débito. Conduta contrária ao art. 42 do CDC que gerou enormes transtornos ao consumidor.

3. O dano moral se dá no íntimo do ser humano e decorre do próprio fato ilícito. A elevação do *quantum* indenizatório para 30 (trinta) salários mínimos afigura-

se adequada, tendo em vista o caráter de reparação ao ofendido e de penalização ao ofensor, buscando evitar a repetição de tais condutas a que, regularmente, é submetido o povo-consumidor brasileiro.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de Apelação Cível nº: 2000.0105.8251-8/1 e 2000.0104.3631-7/1, em que figuram as partes acima indicadas, ACORDA a 4ª Câmara Civil do Egrégio Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, por unanimidade, em conhecer e: NEGAR PROVIMENTO À APELAÇÃO DA COELCE e DAR PROVIMENTO AO RECURSO DE TEUCIDES FERREIRA SANTOS, de acordo com a ata do julgamento.

Fortaleza, 14 de março de 2007.

RELATÓRIO

Trata-se de apelações interpostas por COMPANHIA ENERGÉTICA DO CEARÁ – COELCE e TEUCIDES FERREIRA SANTOS, ambas pretendendo a reforma da decisão das fls. 416/432 e 124/140 (autos da “cautelar”).

A “Ação Cautelar”:

TEUCIDES FERREIRA SANTOS ajuizou “ação cautelar” em face da COELCE requerendo a concessão de liminar que assegurasse a manutenção regular do fornecimento de energia e vedasse a inscrição de seu nome em cadastros de inadimplentes.

Em favor de seu pleito, alegou que a Requerida (COELCE) lhe imputou, unilateralmente, a prática de fraude e desvio de energia e, pretendendo cobrar débito inexistente, ameaçou interromper o fornecimento de energia elétrica.

O juízo *a quo* deferiu, em parte e mediante caução fidejussória, a liminar (fls. 78/79 – autos da “cautelar”), determinando que a COELCE não efetuasse a interrupção do fornecimento de energia. A decisão foi cumprida em 30/09/1999, através da intimação e citação da COELCE.

Às fls. 92/106 (autos da “cautelar”), a contestação da COELCE, sustentando a regularidade dos procedimentos adotados e atribuindo qualquer equívoco ao sistema eletrônico, pois “...como o computador é máquina, deduziu-se o valor da leitura atual, qual seja, 324 Kw/h, do valor da leitura do medidor antigo” (fl. 94 – autos da “cautelar”).

A Ação de Reparação de Danos Morais:

TEUCIDES FERREIRA SANTOS propôs ação reparatória, inconformado com a forma utilizada para apuração de suposto furto de energia, uma vez que a Distribuidora “...*fez constar em seu termo de ocorrência ´desvio de energia` em todos os equipamentos...*” (fl.04). A partir daí, uma verdadeira sucessão de tumultos: visitas de equipe da COELCE, trocas de medidor, cobranças, parcelamentos etc.

O consumidor, homem de idade elevada (mais de 80 anos) e acometido de hipertensão arterial sistêmica (fl. 75), foi várias vezes a sede da empresa e ao DECON, sempre recebendo informações desencontradas e contraditórias.

A COELCE, em sua defesa (fls. 90/116), reconheceu o erro, afirmando: “...*no que discorre acerca dos danos morais pleiteados, tema suplicada a argumentar que todo equipamento eletrônico pode vir a apresentar um erro, ainda mais no que diz respeito aos equipamentos de computação. [...] O que importa Exa., é que na primeira oportunidade em que teve a empresa suplicada, esta consertou o seu erro, refaturando a conta do suplicante...*” (fl.94 – sic).

No entanto, a Distribuidora argumentou sobre a legalidade dos procedimentos de fiscalização aplicados, invocando o artigo 34, da Portaria DNAEE nº 466/97. Alega a responsabilidade do usuário pela guarda dos equipamentos de medição, a inexistência de dano moral e a possibilidade do corte do fornecimento de energia elétrica, nos termos do art. 6º, § 3º, I e II, da Lei nº 8.987/95.

Após a réplica, houve produção de prova testemunhal.

Não houve intervenção do Ministério Público.

A sentença recorrida:

Após a conclusão da instrução na ação principal, o juízo monocrático proferiu sentença, nos seguintes termos:

I. *Ação Cautelar*: julgada procedente, tornando-se definitiva a medida cautelar liminarmente deferida;

II. *Reparação de Danos Morais*: julgada parcialmente procedente, para condenar a COELCE ao pagamento de indenização correspondente a 08 (oito) salários mínimos. Entendeu-se, também, pela sucumbência recíproca no termo do artigo 21, *caput*, do CPC.

Daí a interposição, por ambos os litigantes, de recursos de apelação, com os seguintes argumentos:

APELAÇÕES DA COELCE

(A) Na “cautelar”: (i) preliminar questionando o ajuizamento da ação principal após o prazo de 30 (trinta) dias; (ii) legalidade da cobrança; e (iii) possibilidade de suspensão do fornecimento de energia em caso de inadimplência;

(B) Na reparação de danos morais: (i) inexistência de dano moral; (ii) alternativamente, necessidade de prova dos danos morais; (iii) também alternativamente, redução do valor da indenização; (iv) o termo inicial da correção monetária deve ser a da data da fixação do *quantum*; e (v) necessidade de fixação de honorários calculados sobre o efetivo valor da sucumbência.

APELAÇÃO DO CONSUMIDOR

(A) Na reparação de danos morais: (i) inexistência de sucumbência recíproca; e (ii) necessidade de elevação do valor fixado a título de danos morais;

Oferecidas as respectivas contra-razões, os feitos subiram a esta Corte e foram re-distribuídos a esta relatoria, em razão da criação desta 4ª Câmara Cível.

É o relatório, no que tem de essencial. À douta revisão.

Fortaleza, 21 de dezembro de 2006.

VOTO

Eminentes Desembargadores:

Reputando presentes os pressupostos de admissibilidade, conheço dos presentes recursos, passando a examiná-los separadamente.

1) *APELAÇÃO Nº 2000.0104.3631-7/1 (“AÇÃO CAUTELAR”)*

Alega a COELCE, em síntese, a nulidade da sentença em virtude de a reparação de danos morais ter sido proposta quando já tinha transcorrido lapso temporal superior a 30 (trinta) dias, a partir do cumprimento da medida liminar.

De fato, cumprida a liminar deferida na ação denominada equivocadamente de cautelar, a reparação de danos só veio a ser proposta no 34º (trigésimo quarto) dia.

Ocorre que o consumidor ajuizou ação rotulada, equivocadamente,

de “ação cautelar inominada”, postulando, na verdade, pretensão de direito material de cunho satisfativo: a manutenção do fornecimento de energia elétrica em imóvel de sua propriedade, que seria suspenso em virtude de inadimplência.

A r. sentença, confirmando a liminar anteriormente deferida, julgou procedente o pedido (fls. 140/145).

Ora, considerando que a pretensão tinha indubitável caráter satisfativo, com fundamento nos princípios da instrumentalidade e da economia processual, não merece ser provido o recurso da COELCE, já que era dispensável o ajuizamento da “ação principal”.

Assim, não há falar em violação dos arts. 806 e 808, I, do Código de Processo Civil, porquanto a tutela jurisdicional obtida na instância singular tem caráter satisfativo e definitivo, ao invés de provisório.

O fato de a ação ter sido ajuizada e processada como “ação cautelar” constitui inequívoco erro de ordem formal que, contudo, não descaracteriza a natureza satisfativa do provimento pretendido (obrigação de fazer), de modo que o consumidor não possui, concretamente, interesse de agir (CPC, art. 3º) para ajuizar nova demanda com o mesmo pedido mediato.

A esse respeito, mansa é a orientação do Superior Tribunal de Justiça:

PROCESSO CIVIL. AÇÃO DENOMINADA ‘CAUTELAR’, MAS COM PEDIDO DE NATUREZA SATISFATIVA DE DIREITO MATERIAL. DEFICIÊNCIA FORMAL SUPERADA, DISPENSANDO-SE A PROPOSITURA DE ‘AÇÃO PRINCIPAL’. RECURSO ESPECIAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO.

(REsp 440.666/RS, 1ª Turma, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, DJU de 31.5.2004)

Nesse caso, colho o esclarecedor voto do Ministro Relator, Teori Albino Zavascki, em textual:

“o que pretende a parte autora é o reconhecimento do direito ao fornecimento de energia elétrica em seu endereço sem que, para isso, fique submetida ao prévio pagamento da prestação que lhe foi apresentada, correspondente a consumo feito por outra pessoa em outro endereço. Assim, inobstante ter sido erroneamente denominada e processada como ‘ação cautelar’, a presente demanda tem, substancialmente, natureza de ação satisfativa. Abstraídos esses seus equívocos formais, a ação proposta enquadra-se no tipo previsto no art. 461 do CPC. O provimento jurisdicional que nela foi perseguido e concedido tem natureza definitiva, e não provisória.

Sendo assim, não é cabível a propositura de outra ação, a 'principal', que, nas circunstâncias, consistiria em duplicidade desnecessária."(ênfases acrescidas)

No mesmo sentido, outros precedentes admitiram a possibilidade excepcional (como na hipótese do ajuizamento de ação cautelar para restabelecer o fornecimento de energia elétrica) de dispensa da ação principal, a saber:

PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO CAUTELAR. NATUREZA SATISFATIVA. HIPÓTESE EXCEPCIONAL. DISPENSA DA PROPOSITURA DA AÇÃO PRINCIPAL. PRECEDENTES.

1. Via de regra, as medidas cautelares, nos termos dos arts. 806 e 808, inciso I, do CPC, estão vinculadas à propositura da ação principal. Entretanto, a jurisprudência do STJ, considerando a natureza satisfativa da medida cautelar, dispensa, em casos excepcionais, o ajuizamento da ação principal.

2. Recurso especial a que se nega provimento.

(REsp 139.587/RS, 2ª Turma, Rel. Min. João Otávio de Noronha, DJU de 28.2.2005)

PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO CAUTELAR. LIGAÇÃO DE ENERGIA ELÉTRICA. CARÁTER SATISFATIVO.

Em princípio, as medidas cautelares estão vinculadas a uma ação principal, ou a ser proposta ou já em curso (art. 800/CPC). Todavia, a jurisprudência, sensível aos fatos da vida, que são mais ricos que a previsão dos legisladores, tem reconhecido, em certas situações, a natureza satisfativa das cautelares. O provimento jurisdicional que determina a ligação da energia elétrica exaure-se em si mesmo, resultando desnecessário formular outro pedido em caráter principal. Recurso especial não conhecido.

(REsp 541.410/RS, 4ª Turma, Rel. Min. Cesar Asfor Rocha, DJU de 11.10.2004)

Assim sendo, não merece prosperar a alegação da COELCE quanto à violação dos artigos 806 e 808, I, do CPC.

Assim, as pretensões recursais de reforma da sentença de procedência da "ação cautelar" não merecem guarida, confirmando-se a sentença recorrida nesse ponto.

2) *APELAÇÃO Nº 2000.0105.3631-7/1 (REPARAÇÃO DE DANOS)*

Afirma e/ou pede a COELCE, em síntese, a inexistência de dano moral ou, alternativamente, a redução do valor da indenização. Pede, ainda, a Concessionária, que o termo inicial da correção monetária seja a data da fixação do valor e que os honorários advocatícios sejam calculados proporcionalmente, de acordo com a intensidade da sucumbência.

Por sua vez, o Consumidor pede e/ou sustenta a inexistência de sucumbência recíproca e a necessidade de elevar o valor da condenação, considerando as circunstâncias do caso.

Eminentes Colegas:

Observa-se dos autos que COELCE exigiu de um senhor de idade elevada – hipertenso – valor exorbitante e muito superior à sua média de uso (fl.33), referente a débito de consumo de energia.

Segundo o que consta nos autos, o “técnico” da COELCE afirmou que o Consumidor estaria furtando/desviando energia, ou seja, pagando valores não correspondentes ao consumo real. Em vista disso, o medidor teria sido substituído e o Sr. TEUCIDES FERREIRA SANTOS recebeu uma conta exorbitante, supostamente para cobrar as diferenças dos pagamentos anteriores.

Dáí iniciou o Consumidor, homem idoso com mais de 80 anos e hipertenso, uma rotina que ele denominou “peregrinação”. Teve que ir, várias vezes, à COELCE e a órgãos de proteção do consumidor (DECON), sempre recebendo informações desencontradas e contraditórias. Além disso, se via obrigado a suportar cobranças, ameaças de interrupção de fornecimento, substituições de medidores e outras injustas aflições mais intensas que meros dissabores, especialmente para um homem com as suas condições pessoais (idade avançada e saúde debilitada).

O tormento do consumidor passou, ainda, pela assinatura de instrumentos de Confissão de Dívida, parcelamentos e acordos perante o DECON, que não foram suficientes para fazer cessar as “ameaças de corte” (suspensão do fornecimento de energia elétrica).

Feita tal introdução fática, registro que a Constituição Federal, ao estabelecer que compete à determinada esfera de governo prestar determinado serviço público, impõe o dever de a pessoa jurídica de direito público interno prestar aquele serviço.

O fato de um serviço público ser concedido ou permitido não torna o poder público competente, e por ele constitucionalmente responsável, desonerado da obrigação de prestá-lo adequada, contínua e tempestivamente (CF, arts. 175, inciso IV).

Bem por isso, a Lei nº 8.987/95, em seu art. 6º, § 3º, inciso II, estabelece que não se caracteriza como descontinuidade do serviço a sua interrupção em situação de emergência ou após prévio aviso, quando por

inadimplemento do usuário, considerado o interesse da coletividade. Portanto, o **corte somente se justifica se esse for o interesse da coletividade**, caso contrário, vige sempre a continuidade.

Assim, para conferir eficácia à Constituição Federal, o Código de Defesa do Consumidor (art. 22) estabelece que os órgãos públicos, por si ou suas empresas, concessionárias, permissionárias ou sob qualquer outra forma de empreendimento, são obrigados a fornecer serviços adequados, eficientes, seguros e, quanto aos essenciais, contínuos.

No caso dos autos, a “ameaça de corte” no fornecimento do serviço, além de contrariar as normas e princípios referidos, configurou arbitrariedade no intuito de forçar pagamento de suposto débito apurado unilateral e injustamente.

Não se vê na legislação que rege a matéria (Lei nº 8.987/95), e nem poderia assim dispor norma infraconstitucional, qualquer delegação à concessionária do serviço público de poderes inerentes ao Poder Concedente, entre eles o poder de polícia, que é indelegável. Se assim é, não pode a COELCE se arvorar em autêntica autoridade administrativa dotada de prerrogativas que a Constituição Federal outorga somente aos entes públicos da administração direta e, muito menos, pretender-se juíza de seus próprios e alegados direitos.

A cobrança – se legítima a dívida – deve ser feita como o fazem todos os credores comuns: mediante o devido processo legal, respeitadas as garantias do contraditório e da ampla defesa. Não há que se conceder privilégios, especialmente em tema de serviço público essencial onde a regra é a continuidade e, apenas em casos excepcionais legalmente previstos, se dá a interrupção. A jurisprudência segue neste sentido:

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. RECURSO ESPECIAL. ADMINISTRATIVO. FORNECIMENTO DE ENERGIA ELÉTRICA. INTERRUPÇÃO. PRINCÍPIO DA CONTINUIDADE DOS SERVIÇOS PÚBLICOS ESSENCIAIS.

1. A Primeira Seção, no julgamento do REsp 363.943/MG (Rel. Min. Humberto Gomes de Barros, DJ de 1º.3.2004) pacificou entendimento no sentido de que é lícito à concessionária interromper o fornecimento de energia elétrica se, após aviso prévio, o usuário permanecer inadimplente, a teor do disposto no art. 6º, § 3º, II, da Lei 8.987/95. Desse modo, a continuidade dos serviços públicos essenciais, assegurada pelo art. 22 do CDC, é limitada pelas disposições contidas na Lei 8.987/95, não havendo falar em ilicitude na interrupção do fornecimento de energia elétrica, nos casos de inadimplência do usuário.

2. No entanto, **esta Corte tem afastado o entendimento**

supramencionado nos casos de débito pretérito decorrente de suposta fraude constatada de forma unilateral pela concessionária no medidor de consumo de energia elétrica, nos quais não há oportunidade para o usuário apresentar defesa. Nesses casos, não havendo prova inequívoca da fraude, bem como controvérsia acerca do valor cobrado, é inviável a interrupção do serviço. Nesse sentido: AgRg no Ag 633.173/RS, 1ª Turma, Rel. Min. José Delgado, DJ de 2.5.2005; REsp 772.486/RS, 1ª Turma, Rel. Min. Francisco Falcão, DJ de 6.3.2006; REsp 834.954/MG, 2ª Turma, Rel. Min. Castro Meira, DJ de 7.8.2006. 3. Agravo regimental desprovido. (AgRg no Ag 752292/RS, Relator(a) Ministra DENISE ARRUDA, Órgão Julgador: PRIMEIRA TURMA, Publicação DJ: 04.12.2006, p. 268 – acresci os destaques)

APELAÇÃO CÍVEL. DIREITO ADMINISTRATIVO. ENERGIA ELÉTRICA. AÇÃO CAUTELAR E ORDINÁRIA. ALTERAÇÃO DO APARELHO MEDIDOR. ALEGAÇÃO DE FRAUDE. INEXISTÊNCIA DE PROVAS A EVIDENCIAR A AUTORIA. ÔNUS DA PROVA DA CONCESSIONÁRIA. EXISTÊNCIA DO DÉBITO NÃO COMPROVADA. IMPOSSIBILIDADE DE CORTE DO FORNECIMENTO DE ENERGIA ELÉTRICA. APELAÇÃO IMPROVIDA. (TJRS, APELAÇÃO CÍVEL Nº 70007835010, SEGUNDA CÂMARA CÍVEL, TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RS, RELATOR: ARNO WERLANG, JULGADO EM 09/06/2004).

Como se vê, não são tolerados procedimentos arbitrários e unilaterais, ainda que instituídos em Portarias ou Resoluções editadas por entes administrativos subalternos. E isto porque, no Estado Democrático de Direito e no Sistema Republicano (CF/88, art. 1º), somente a lei, em sentido material e formal, como ato do Parlamento, é que pode inovar a ordem jurídica, isto é, criar, modificar ou extinguir direitos.

Por outro lado, não há qualquer dúvida de que houve erro da COELCE, cobrança excessiva e uma cadeia entrelaçada de tumultos que os autos descrevem pormenorizadamente. Observo que a COELCE confessa a prática do erro, atribuindo-o ao “sistema informatizado”, mas tal causa não pode ser invocada como causa excludente da responsabilidade objetiva, especialmente nas relações consumeristas.

Assim, e em resumo: a) a ameaça de corte foi abusiva, pois serviu de meio (arbitrário e ilegal) para coagir o consumidor ao pagamento de dívidas

unilateralmente apuradas e inexistentes, sendo certo que não se demonstrou a autoria de qualquer fraude, ônus que incumbia à fornecedora dos serviços; e b) o débito deve ser desconstituído, o que a COELCE já fez após audiências perante o DECON.

Então, reconhecidos: (i) o ato ilícito da COELCE; (ii) o abalo moral e psíquico sofrido pelo consumidor; e (iii) o nexo de causalidade entre os dois primeiros, resta apenas analisar a fixação do valor da indenização efetivamente devida.

De plano, deve-se considerar as circunstâncias pessoais do consumidor: homem de idade elevada (mais de 80 anos), aposentado e hipertenso, que se viu, por óbvio, coagido e pressionado na situação, diante da ameaça de ter o fornecimento de energia interrompido em caso de não se submeter à cobrança excessiva.

Ainda que se admitisse que alguma penalidade pudesse ser aplicada ao consumidor idoso, certamente não era a suspensão do fornecimento. Ora, a dívida era excessiva e inexistente, já que não correspondia ao valor do consumo real. Em tais circunstâncias, é vedada a suspensão do fornecimento de energia ao consumidor.

No entanto, o Sr. TEUCIDES foi injustamente constrangido ao pagamento, sob ameaça de corte de energia por alegado inadimplemento da dívida unilateral calculada pela concessionária. Em outras palavras, o procedimento foi autoritário e confuso, contrariando os arts. 6º, III e VI, e 42 do CDC, bem como os próprios arts. 159 do CCB/1916 e 5º, V, X e LV, da CF/88.

Isso tudo, inegavelmente, gera enormes transtornos na vida cotidiana de um aposentado com mais de 80 (oitenta) anos de idade: desde a necessidade de recorrer ao DECON e, finalmente, ao Poder Judiciário como última alternativa de alcançar a justiça.

Esse procedimento truculento da COELCE, como demonstra a experiência judiciária, tem sido a praxe da concessionária, sempre causando aborrecimento, desgosto, contratempos e, certamente, a dor mais profunda que pode ser causada ao ser humano: a dor da injustiça, de se ver submetido às condições impostas pela parte economicamente mais forte ou, então, buscar a demorada e custosa solução judicial.

É evidente que tal conduta não pode ser admitida, e tal injustiça configura igual arbitrariedade com a parte mais fraca da relação. No entanto, infelizmente, o povo consumidor brasileiro tem sido submetido a práticas desta natureza com frequência.

Sobre a necessidade de se provar o dano moral, registre-se a lição de Clayton Reis (*in* Dano Moral, 1ª ed., p. 78), no sentido de que “*todo o mal causado ao estado ideal das pessoas, resultando mal estar, desgostos, aflições, interrompendo-lhes o equilíbrio psíquico, constitui causa eficiente para a obrigação de reparar o dano moral*”.

O dano moral, exatamente por ser subjetivo e se passar no íntimo psíquico da pessoa, não necessita de prova, é presumido e decorre do simples fato do ilícito. A jurisprudência é nesse sentido. Vejam-se, a título exemplificativo, as seguintes decisões:

PROCESSO CIVIL - AGRAVO DE INSTRUMENTO - NEGATIVA DE PROVIMENTO - AGRAVO REGIMENTAL - RESPONSABILIDADE CIVIL - INSCRIÇÃO INDEVIDA EM CADASTROS DE RESTRIÇÃO AO CRÉDITO - INDENIZAÇÃO - DANO MORAL - *QUANTUM* RAZOÁVEL - VALOR MANTIDO - REEXAME DE MATÉRIA FÁTICO-PROBATÓRIA - VEDAÇÃO - SÚMULA 07/STJ - DESPROVIMENTO.

1 - Havendo o Tribunal *a quo* reconhecido, com base nas provas dos autos, que a inscrição da agravada nos cadastros de restrição ao crédito foi indevida, porquanto realizada após a quitação do débito, é vedado a esta Corte Superior, reexaminar a questão, a teor da Súmula 07/STJ.

2 - Como cediço, o valor da indenização sujeita-se ao controle do Superior Tribunal de Justiça, sendo certo que, **na sua fixação, recomendável que o arbitramento seja feito com moderação, proporcionalmente ao grau de culpa, ao nível socioeconômico dos autores e, ainda, ao porte econômico dos réus, orientando-se o juiz pelos critérios sugeridos pela doutrina e pela jurisprudência, com razoabilidade, valendo-se de sua experiência e do bom senso, atento à realidade da vida e às peculiaridades de cada caso.** *In casu*, o valor fixado pelo Tribunal a quo, a título de reparação de danos morais, mostra-se razoável, limitando-se à compensação do sofrimento advindo do evento danoso.

3 - Agravo regimental desprovido. (AgRg no Ag 748523/SP, Relator(a) Ministro JORGE SCARTEZZINI, Órgão Julgador: QUARTA TURMA, Publicação DJ: 20.11.2006, p. 321 – grifei)

CIVIL. RESPONSABILIDADE CIVIL. ILICITUDE DA ABERTURA DE CADASTRO NO SERASA SEM COMUNICAÇÃO AO CONSUMIDOR. RELEVÂNCIA E CABIMENTO DA DEMANDA DE REPARAÇÃO. LIQUIDAÇÃO DO DANO MORAL. Constitui ilícito, imputável à empresa de banco, abrir cadastro no Serasa sem comunicação ao consumidor (art. 43, § 2º, da Lei nº 8.078/90). O atentado aos direitos

relacionados à personalidade, provocados pela inscrição em banco de dados, é mais grave e mais relevante do que lesão a interesses materiais. A prova do dano moral, que se passa no interior da personalidade, se contenta com a existência do ilícito, segundo precedente do Superior Tribunal de Justiça. Liquidação do dano moral que atenderá ao duplo objetivo de compensar a vítima e afligir, razoavelmente, o autor do dano. O dano moral será arbitrado, na forma do art. 1.553 do CC, pelo Órgão Judiciário. Valor adequado à forma da liquidação do dano consagrada no Direito brasileiro. Apelação desprovida. (Apelação Cível nº 597118926, 5ª Câmara Cível do TJRS, Lajeado, Rel. Des. Araken de Assis. DJ 29.08.97, p. 21).

Portanto, o dano moral no caso concreto decorreu da exigência indevida e abusiva da COELCE, das injustas ameaças a que foi submetido o consumidor e de toda a série de constrangimentos que foram desencadeados.

Não importa, na hipótese, o valor indevidamente cobrado. Aliás, a experiência demonstra que, quanto menor o valor da suposta dívida, maior a abusividade da ação da concessionária, especialmente para ameaçar o usuário com o corte da energia, bem essencial à vida, mais um motivo para aumentar o valor devido a título de danos morais.

Para os casos de corte indevido de energia, tem sido fixado o valor da indenização em até 100 salários mínimos, como se vê do seguinte precedente, a título exemplificativo:

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO. CORTE DE ENERGIA POR MOTIVO NÃO DECORRENTE DO FORNECIMENTO. Os autos demonstram que houve exercício arbitrário das próprias razões, auto-tutela e busca de satisfação de direito pelas próprias mãos. Constrangimento e sofrimento imposto à usuária de energia por suposto débito não decorrente de fornecimento, que não se limitou a inúmeras cartas ameaçadoras, mas ao corte da energia e por fim a retirada do relógio ou contador. Agir da demandada ao arrepio de todo o sistema jurídico impondo constrangimentos e sofrimento à consumidora. A indenização no caso deve ser fixada tendo em vista menos a situação econômica da autora e muito mais à magnitude do poderio da demandada, a sua arrogância, arbitrariedade e soberba, com violação aberta do sistema jurídico, ao que deve ser posto cobro de forma eficaz, com valor de indenização que seja inibidor e profilático para evitar a reiteração da conduta que normalmente se dá contra os mais fracos que não têm

poder de reação pronta e à altura. Apelo improvido. (APELAÇÃO CÍVEL Nº 70000657049, PRIMEIRA CÂMARA ESPECIAL CÍVEL, TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RS, RELATOR: ADAO SERGIO DO NASCIMENTO CASSIANO, JULGADO EM 29/08/2001).

Não posso deixar de repetir, por essencial, que o Sr. TECIDES é homem que já conta com mais de 80 (oitenta) anos de idade.

Mesmo assim, após enfrentar toda uma vida de trabalho e ao final dela carecer de se utilizar do precário serviço prestado pela COELCE, ainda se vê submetido a humilhação de receber um “técnico” da concessionária em sua casa e vê-lo questionar sua honestidade, acusando-o de furtar energia elétrica, diante de seus familiares.

Não bastasse essa atitude de desprezo com a dignidade humana, a COELCE ainda resolve realizar cobrança excessiva de débito inexistente, sob ameaça de interrupção do fornecimento de energia, forçando o usuário a “peregrinar” exaustivamente em busca de informação e tratamento adequados e dignos.

No meu sentir, o fato de ser a vítima idosa é uma circunstância que, em casos dessa natureza, agrava a intensidade do dano moral. Há jurisprudência nesse sentido:

CIVIL. CONSUMIDOR. EMPRESA DE TRANSPORTE RODOVIÁRIO. NEGATIVA DE PASSAGEM GRATUITA A PESSOA IDOSA. ABUSO DE DIREITO. IRREGULARIDADE COMPROVADA. DANO MORAL CONFIGURADO. VALOR FIXADO AQUÉM DO DANO FACE À CAPACIDADE FINANCEIRA DO OFENSOR E A CAPACIDADE ECONÔMICA DO OFENDIDO. FIXAÇÃO DO “QUANTUM” EM ATENÇÃO ÀS FUNÇÕES PEDAGÓGICA, PREVENTIVA E PUNITIVA, CAPAZES DE GERAR RESPEITO À PESSOA HUMANA. RECURSO PROVIDO. I - Reconhecido o dano moral na sentença, o mesmo não pode ser fixado de forma a estimular a conduta do Requerido à prática de abuso de direito.

II - Restou demonstrado que houve descaso no atendimento ao consumidor. **Fato que se torna mais grave quando se verifica tratar de pessoa idosa, merecedora de tratamento diferenciado. Prerrogativa conferida pela própria lei, nos adventos da efetivação do Estatuto do Idoso.**

III - O “quantum” fixado na indenização de danos morais deve atentar para as circunstâncias específicas do evento, para a situação patrimonial das partes (condição econômico-financeira), para a gravidade da repercussão da ofensa, atendido o caráter compensatório, pedagógico e punitivo da condenação, sem gerar enriquecimento indevido, sempre em sintonia com os Princípios da Razoabilidade e Proporcionalidade. Majoração que se impõe, à luz do caso concreto.

IV - Recurso provido. Unânime.

(20060810007897ACJ, Relator ALFEU MACHADO, Segunda Turma Recursal dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais do D.F., julgado em 24/10/2006, DJ 10/11/2006 p. 176)

Decisões recentes mostram que a jurisprudência mais abalizada tem repellido a fixação dos danos morais em comparação a qualquer elemento de ordem material, mas atenta às circunstâncias peculiares ao caso específico quanto ao grau de culpa e do dano e às condições econômicas das partes.

Verifico que o grau de reprovabilidade da conduta perpetrada pela COELCE é elevado e o dano causado em virtude dessa atitude leviana teve conseqüências relevantes. Não há nos autos notícia concreta acerca da capacidade econômica do apelado, mas a robustez patrimonial da COELCE é notória.

Em tais circunstâncias, e, considerando as peculiaridades do caso concreto, a sentença de primeiro grau merece ser reformada, já que fixou o valor da indenização em apenas 08 (oito) salários mínimos.

É da boa prudência e do bom senso que se arbitre o valor da indenização pelo dano moral, neste caso, em valor equivalente a 30 (trinta) salários mínimos nacionais, tendo em conta que a indenização: (a) não pode representar enriquecimento injustificado do ofendido; (b) não pode premiar o infrator; (c) deve atender ao caráter inibitório-punitivo; (d) intenta prevenir reincidências; e (e) tem natureza reparatório-compensatória a nortear a fixação do *quantum* do dano moral.

Por fim, cumpre enfrentar a questão da sucumbência. A pretensão recursal da COELCE pretende a observação da sucumbência recíproca, proporcionalmente à diferença entre o valor da causa e o valor da condenação. Já o consumidor pretende afastar a sucumbência recíproca.

Inicialmente, afasto a pretensão da COELCE, observando o teor da

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

Em relação ao Sr. TEUCIDES, um de seus pedidos não merece acolhimento, a saber, o de repetição do indébito. Desse modo, não é possível afastar integralmente a sucumbência recíproca, porque o consumidor também foi vencido, embora minimamente.

Conclusões. Dispositivo.

Diante do exposto, o voto é no sentido de:

1º) NEGAR PROVIMENTO às apelações da COMPANHIA ENERGÉTICA DO CEARÁ – COELCE, diante dos motivos fáticos e jurídicos examinados ao longo deste voto.

2º) DAR PROVIMENTO ao apelo do consumidor e **reformar a sentença recorrida para:** condenar a COELCE ao pagamento de indenização por danos morais arbitrada em 30 (trinta) salários mínimos, convertidos em reais na data deste acórdão e desde então corrigido o valor pelo IGP-M, contando-se juros de mora de 6% ao ano da citação até a entrada em vigência do Novo Código Civil, quando os juros serão de 12% ao ano.

3º) Em face desse resultado e da sucumbência mínima de TEUCIDES FERREIRA SANTOS, **modificar a sentença atacada para:** determinar que a COELCE arcará com custas processuais e honorários advocatícios aos patronos do consumidor, arbitrando-os, desde já, em R\$ 1.100,00 (um mil e cem reais), considerando-se o grau de zelo e a dignidade do profissional, o lugar de prestação do serviço, a natureza e importância da causa, o trabalho realizado e o tempo exigido para o serviço da advogada, com base no art. 20, §§ 3º e 4º, do CPC.

É como voto.

Fortaleza, 14 de março de 2007.

APELAÇÃO CÍVEL Nº. 2000.0119.9321-0/1
APELANTE: EVELINE FERNANDES COSTA LIMA
APELADO: CREDICARD S/A – ADMINISTRADORA DE CARTÃO DE CRÉDITO
RELATOR DES. ADEMAR MENDES BEZERRA

EMENTA: CONSUMIDOR. ADMINISTRADORA DE CARTÃO DE CRÉDITO. INSTITUIÇÃO FINANCEIRA. CAPITALIZAÇÃO DE JUROS COM PERIODICIDADE INFERIOR A UM ANO. POSSIBILIDADE NA ESPÉCIE. COMISSÃO DE PERMANÊNCIA. INEXISTÊNCIA.

- Consoante a jurisprudência firmada no Superior Tribunal de Justiça (Súmulas 283 e 297), as administradoras de cartões de crédito são consideradas instituições financeiras, a elas se aplicando, outrossim, as normas do Código de Defesa do Consumidor (CDC).

- Nos contratos firmados posteriormente à publicação da MP 1.963-17/2000, é válida a capitalização mensal de juros por instituição financeira, sendo inaplicável a Súmula 121 do Supremo Tribunal Federal, que entende cabível a Lei de Usura à espécie.

- Hipótese em que não há falar em cumulação de comissão de permanência, eis que inexistente tal consectário.

- Apelação desprovida

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de Apelação nº 2000.0119.9321-0/1, em que figuram as partes acima indicadas, acordam os Desembargadores integrantes da Turma Julgadora da 2ª Câmara Cível do egrégio Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, por unanimidade, conhecer do recurso em referência para lhe negar provimento, nos termos do voto do Relator.

Fortaleza, 29 de abril de 2009.

RELATÓRIO

Trata-se de recurso de apelação cível interposto por EVELINE FERNANDES COSTA LIMA contra sentença do MM. Juiz de Direito da 2ª Vara Cível de Fortaleza, que julgou improcedente Ação Declaratória de Nulidade de Cláusulas Contratuais c/c Repetição de Indébito, proposta pela ora apelante em face de CREDICARD S/A – ADMINISTRADORA DE CARTÕES DE CRÉDITO, aqui apelada

Na inicial da referida ação (fls. 02/09), a demandante/apelante alegou, em suma, que desde janeiro de 2001 passou a pagar um valor entre o mínimo e o máximo constante das faturas mensais de seu cartão de crédito, sendo que o saldo devedor crescia assustadoramente, chamando a sua atenção quanto à possibilidade de práticas ilegais na execução do contrato respectivo. Em seguida, procurou o DECON, o qual teria constatado vários abusos contratuais, entre eles a prática ilegal de anatocismo; aplicação de juros remuneratórios acima do limite constitucional de 12% (doze por cento) ao ano, a par de outros encargos, tais como comissão de permanência, que ocasionaram o desequilíbrio contratual.

Ao final, requereu a procedência do pedido exordial, com a devolução em dobro das quantias pagas a maior, antecipando-se a tutela para impedir que a CREDICARD insira o seu nome em cadastros de inadimplentes, bem como ingresse com qualquer ação de cobrança referente ao débito em discussão.

Acostou, à vestibular, os documentos de fls. 10/20.

Às fls. 22/24, antecipação parcial da tutela, deferindo a negativação, mas negando a obstaculização do exercício do direito de ação por parte da demandada/apelada.

Contestação da Administradora de Cartões de Crédito (fls. 33/75), argüindo, preliminarmente, a carência da ação, tendo em vista a rescisão contratual, por inadimplência da promovente, verificada em data anterior à propositura da demanda. No mérito, sustenta, em suma, que não é instituição financeira e que não pratica nenhum dos abusos salientados pela autora/apelante, tratando-se, em verdade, a ora apelante, de uma cliente que efetuava várias compras por cartão, pagando apenas o mínimo permitido, avolumando-se o saldo devedor pela simples razão de ela, demandante, nunca ter parado de fazer novas aquisições, sem, entretanto, liquidar o valor das faturas anteriores, optando livremente pelo financiamento previsto na avença.

Juntou os documentos de fls. 76/135.

Réplica às fls. 137/139.

Foi tentada a composição amigável entre as partes, em sede de audiência de conciliação, não tendo, entretanto, logrado êxito (fl. 145).

Às fls. 151/152, manifestação do Ministério Público, pela desnecessidade de sua atuação no feito.

Enfim, às fls. 161/163, como dito, o MM. Juiz *a quo* julgou improcedente a pretensão autoral, manifestando-se pela legalidade dos juros remuneratórios acima do patamar de 12% ao ano; não comprovação da prática de anatocismo na espécie, bem como pela inexistência de comissão de permanência no contrato.

Nas razões do apelo (fls. 169/176), a recorrente sustentou a aplicabilidade da legislação consumerista ao caso, inclusive com a inversão do ônus da prova, reiterando a argumentação relativa à vedação do anatocismo e da cumulação de comissão de permanência com outros encargos moratórios, culminando por requerer a repetição em dobro do indébito.

Contra-razões (fls. 178/184).

É o relatório.

VOTO

O mérito do presente recurso, como visto, assenta-se nos seguintes questões: **a)** incidência e/ou validade da prática de anatocismo por parte da Administradora de Cartão de Crédito apelada; **b)** existência ou não, na espécie, da cobrança de comissão de permanência, cumulada com juros e multa.

Inicialmente, anote-se que não há necessidade de intervenção do Ministério Público em causas desta natureza, onde são discutidos direitos individuais disponíveis (e não individuais homogêneos), fugindo, pois ao regramento disciplinado nos arts. 82 e ss. da Lei Adjetiva Civil.

Por outro lado, quanto ao tratamento jurídico dispensado às Administradoras de Cartões de Crédito, a Corte de Uniformização Infraconstitucional já pacificou o entendimento segundo o qual se deve reconhecê-las como instituições financeiras. É o que se pode ver do julgado cuja ementa vem a seguir transcrita:

“AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO ESPECIAL. ADMINISTRADORAS DE CARTÃO DE CRÉDITO. INSTITUIÇÕES FINANCEIRAS. JUROS REMUNERATÓRIOS. LIMITAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. COMISSÃO DE PERMANÊNCIA. LEGALIDADE. CAPITALIZAÇÃO DOS JUROS NA PERIODICIDADE ANUAL. CABIMENTO. SUCUMBÊNCIA RECÍPROCA. COMPENSAÇÃO.

1. O entendimento da Segunda Seção desta Corte, a partir de 25/6/03, quando do julgamento do REsp nº 450.453/RS, Relator o Min. Aldir Passarinho Junior, está assentado no sentido da legalidade da cláusula-mandato e do enquadramento das

empresas administradoras de cartão de crédito como instituições integrantes do sistema financeiro nacional.

(Grifou-se).

2. Refutados os fundamentos do acórdão recorrido quando limitou os juros remuneratórios, tendo sido apontada violação legal e demonstrada divergência jurisprudencial, correta a decisão que afasta o limite dos juros previsto no Decreto nº 22.626/33.

3. Indicada violação legal, demonstrada a divergência jurisprudencial e constando do acórdão recorrido a existência de cláusula que prevê a cobrança da comissão de permanência, há que se manter a decisão agravada que estabelece que tal encargo é devido para o período de inadimplência, não podendo ser cumulado com correção monetária (súmula 30/STJ), juros remuneratórios, moratórios e multa contratual (AGREsp 712.801/RS), calculado pela taxa média dos juros de mercado, apurado pelo Banco Central do Brasil, tendo como limite máximo a taxa do contrato (Súmula 294/STJ).

4. Autorizada a incidência de capitalização anual dos juros, na linha da jurisprudência da Corte.

5. Ocorrência de sucumbência recíproca, na medida em que o recorrente sucumbiu em pleitos de larga expressão para o cálculo do débito.

6. Na linha da jurisprudência desta Corte, havendo sucumbência recíproca, os honorários advocatícios devem ser compensados.

7. Agravo regimental desprovido”. (AgRg no REsp 693.775/RS, Rel. Ministro FERNANDO GONÇALVES, QUARTA TURMA, julgado em 06.09.2005, DJ 26.09.2005 p. 399).

Portanto, sendo a sociedade empresária apelada, instituição financeira, as operações praticadas pela mesma sujeitam-se à legislação consumerista, conforme se esteja diante de relação de consumo, como *in casu*.

Saliente-se, outrossim, que o Superior Tribunal de Justiça pôs fim à controvérsia sobre a aplicação ou não do CDC às instituições financeiras, enunciando a Súmula n.º 297, cuja redação é a seguinte:

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

Conclui-se, portanto, ser plenamente válida a invocação dos preceitos publicistas do CDC para o deslinde da lide

Pois bem. Com relação à capitalização mensal de juros, que se convencionou chamar anatocismo, percebe-se que o contrato em apreço –, pela

documentação que acompanha a exordial, dormitante às fls. 12/20 –, perfectibilizou-se no ano de 2001, depois, portanto, da entrada em vigor da Medida Provisória n.º 1.963-17, de 30 de março de 2000, a qual, em seu art. 5º, prescreve: “nas operações realizadas pelas instituições integrantes do Sistema Financeiro Nacional, é admissível a capitalização de juros com periodicidade inferior a um ano”; não havendo que se falar, portanto, na aplicação da Súmula 121 do STF.

É que referida regra derogou o art. 4º da Lei de Usura, no tocante às instituições financeiras, possibilitando a capitalização mensal nos contratos celebrados sob a égide da referida MP.

Nessa mesma linha de raciocínio, a jurisprudência do STJ, como se pode constatar de excerto da ementa de acórdão unânime proferido no Agravo Regimental no Recurso Especial 697396/RS, relatado pelo eminente Min. Fernando Gonçalves, da 4ª Turma daquele egrégio Tribunal Superior, e publicado no DJU de 06/06/2005, *verbis*:

“...A Segunda Seção desta Corte, na assentada do dia 22/09/2004, por ocasião do julgamento dos Recursos Especiais 602.068/RS e 603.043/RS, ambos da relatoria do Ministro Antônio de Pádua Ribeiro, pacificou entendimento no sentido da possibilidade de capitalização mensal nos contratos celebrados em data posterior à publicação da MP 1.963-17/2000...”.

De maneira que, nesse ponto, **não** assiste razão à apelante.

No que diz respeito à cumulação de comissão de permanência com outros encargos moratórios, percebe-se que o contrato não a contempla, como se pode verificar das cláusulas gerais acostadas às fls. 76/77.

Ademais, cumpre observar que o Superior Tribunal de Justiça, por ocasião do julgamento do incidente de processo repetitivo (Recurso Especial n.º 1.061.530-RS), firmou o entendimento de que o ajuizamento isolado de ação revisional não descaracteriza a mora, nem mesmo quando o reconhecimento de abusividade incidir sobre os encargos inerentes ao período de inadimplência contratual. Desta feita, só haverá a descaracterização da mora quando o reconhecimento da abusividade nos encargos exigidos ocorrer no período da normalidade contratual, fato que, *data venia*, incorre na lide em exame.

À vista do exposto, conheço do presente recurso de apelação, conquanto preenchidos os seus pressupostos de admissibilidade, para, todavia, lhe negar provimento, mantida, integralmente, a respeitável sentença ora impugnada.

É como voto.

Fortaleza, 29 de abril de 2009.

APELAÇÃO CÍVEL Nº. 2000.0137.6537-0/1

APELANTE(S): ESTADO DO CEARÁ

APELADO(A)(S): IDALINA LIMA DE OLIVEIRA

RELATOR: DESEMBARGADOR ADEMAR MENDES BEZERRA

EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER COM PRECEITO COMINATÓRIO. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTO DE FORMA GRATUITA PELO ENTE PÚBLICO. MOLÉSTIA GRAVE. RISCO DE MORTE. RECUSA DO ESTADO NO SENTIDO DE AMPARAR O DOENTE. DEVER DE ORDEM CONSTITUCIONAL. DESCUMPRIMENTO. DIREITOS INDISPONÍVEIS QUE DEVEM SER RESGUARDADOS. APELO DESPROVIDO.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos da Apelação Cível nº. 2000.0137.6537-0/1, em que figuram as partes acima referidas, acordam os desembargadores integrantes da 2ª Câmara Cível do egrégio Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, à unanimidade, em conhecer do recurso em alusão, para lhe negar provimento, nos termos do voto do Relator.

Fortaleza, 5 de maio de 2009.

RELATÓRIO

Trata-se de Apelação Cível interposta pelo ESTADO DO CEARÁ contra decisão do MM. Juiz de Direito da 1ª Vara da Fazenda Pública Estadual, que julgou procedente a demanda proposta por IDALINA LIMA DE OLIVEIRA, em face da negativa do apelante em fornecer o medicamento ISCOVER 75mg, necessário para o tratamento de seu quadro clínico, dêz que portadora de insuficiência coronária, tendo sido submetida a angioplastia e implante de uma endoprótese.

Nas razões de apelação acostadas às fls. 57/65, alega o recorrente, em suma, que o juízo de primeiro grau, em sua decisão, não teria observado que a responsabilidade de fornecer o mencionado medicamento seria inteiramente do

Município de Fortaleza, e não do Estado do Ceará, haja vista que a apelada tem domicílio na capital. Neste sentido, argüiu que, mesmo que se não entendesse ser a indicada municipalidade a única responsável por fornecer a medicação, haveria litisconsorte passivo necessário entre o apelante, a União e o Município de Fortaleza, uma vez que o parágrafo único do art. 198 da Constituição Federal, infere que os recursos para custeio do Sistema Único de Saúde - SUS são oriundos de esforço conjunto dos três entes federados, concorrentemente.

Argumenta, ainda, que o julgador de primeira instância não levou em consideração o fato de a norma contida no art. 196 da Constituição Federal possuir caráter eminentemente programático, com a utilização do vocábulo “dever” a designar uma exigência de caráter apenas moral.

Por fim, aduziu o apelante que a decisão judicial atacada padecia de vício de inconstitucionalidade, por alargar a prestação do serviço público, vindo o Estado do Ceará, assim, a ser obrigado a proceder a uma ampliação de políticas públicas, ao ter que fornecer medicamento à apelante, o que ofenderia o princípio da separação de poderes, previsto no art. 2º da Constituição da República.

A apelada apresentou, por seu turno, as contra-razões de fls. 67/72, afirmando que, efetivamente, o direito à saúde está submetido ao conceito de seguridade social, regendo-se esta pelos princípios da universalidade e igualdade de acesso às ações e serviços, e que o SUS, fazendo parte de uma rede integrada se caracteriza por ser atividade administrativa descentralizada, possuindo uma direção estatal em cada nível de governo, não havendo, assim, litisconsórcio passivo necessário entre a União, o Estado do Ceará e o Município de Fortaleza, mas apenas litisconsórcio facultativo.

Diz, ainda, que restou configurada a inequívoca omissão do Estado do Ceará em fornecer o medicamento ISCOVER 75mg, o que acarretaria danos irreparáveis à apelada, invocando jurisprudência em que a responsabilidade civil do Estado verificada deveria ser dirigida unicamente contra a pessoa de direito público envolvida. Finaliza, então, seu petítório pleiteando a manutenção da sentença recorrida.

Parecer da douta Procuradoria Geral de Justiça, pelo desprovemento do recurso (fls. 85/90).

É o relatório.

VOTO

Senhor(a) Presidente, inicialmente, desacolho as preliminares de ilegitimidade de parte e litisconsórcio passivo necessário. É que, como bem explanado na sentença apelada, “...a designação Estado, a qual se refere a

Constituição Federal, é feita de forma genérica, não especificando de maneira alguma, muito menos delimitando, de forma exclusiva, a esfera estatal habilitada. O direito à saúde é uma garantia social, expressa em nossa Carta Magna e em nossa Constituição Estadual, e, por via de consequência, acarreta ao Estado, na figura da União, dos Estados membros ou dos Municípios, a responsabilização por essa garantia constitucional preconizada em nossa ordem social”, o que, no caso, torna o Estado do Ceará parte legítima para figurar no pólo passivo da ação, não havendo que se falar em litisconsórcio passivo necessário entre a União, o Estado do Ceará e o Município de Fortaleza.

No mesmo sentido:

“APELAÇÃO CÍVEL. FORNECIMENTO DE REMÉDIO PARA PORTADOR DE HEPATITE VIRAL CRÔNICA DO TIPO C. INOCORRÊNCIA DE CONDENAÇÃO GENÉRICA. PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL E PRIORITÁRIA À SAÚDE E À VIDA DIGNA. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA DOS ENTES FEDERADOS PREVISTA NOS ARTS. 196 E 198 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. **POSSIBILIDADE DE COMPENSAÇÃO ADMINISTRATIVA ENTRE AS UNIDADES FEDERATIVAS E, SE FOR O CASO, DE AÇÃO REGRESSIVA PELOS GASTOS FEITOS POR UNS NA ESFERA DE COMPETÊNCIA DOS OUTROS.** APLICAÇÃO DA SÚMULA Nº 65 DO TJRJ. INADMISSÍVEL A IMPOSIÇÃO AO CIDADÃO DE EXPEDIENTES BUROCRATIZANTES QUE IMPEÇAM OU OBSTACULIZEM O PRONTO IMPLEMENTO DOS DIREITOS À VIDA E À SAÚDE. **A responsabilidade solidária não implica em litisconsórcio passivo necessário mas, tão somente, na possibilidade de o cidadão ver seu direito atendido por qualquer um dos entes federativos. Uníssona jurisprudência neste sentido. Recurso a que se nega seguimento na forma do art. 557 CPC.**” (TJ-RJ; AC 2007.001.13633; Quinta Câmara Cível; Relª Desª Cristina Tereza Gaulia; Julg. 22/03/2007).

Pois bem. Quanto à matéria de fundo, vê-se que a decisão monocrática bem aplicou o direito à espécie.

O bem da vida que se entremostra em jogo no processo em tópico é a própria manutenção da existência da apelada. Nestes termos, o direito à vida é o que deve prevalecer no caso concreto, tendo em vista tratar-se de requisito de

existência e pré-requisito ao exercício de todos os demais direitos e garantias do indivíduo.

A Constituição Federal proclama, aliás, como todos os ordenamentos jurídicos contemporâneos assentados em um estado democrático de direito, o direito à vida, cabendo ao Estado, no mínimo, assegurá-lo, tanto no sentido estrito de dar continuidade à vida, como no sentido de prover condições de vida digna e sociável.

Eis o teor da norma constitucional:

“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:
(...)” (sem grifos no original).

Acatar o pleito recursal do apelante seria o mesmo que, indiretamente, impossibilitar ou relativizar essa garantia, o que certamente não se entende possível sob o prisma jurídico, mormente em se tratando de pessoa de avançada idade, que efetivamente comprovou necessitar da aludida medicação.

Contudente é a norma constitucional quando se refere à garantia da saúde, prescrevendo em seu art. 196 que “A saúde **é direito de todos e dever do Estado**, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação” (grifou-se).

No caso em tablado, configurada está lesão a direito fundamental, qual seja o direito à saúde da apelada, o que justifica e legitima a prestação jurisdicional exarada na decisão atacada.

Não colhe, ademais, o argumento segundo o qual não seriam as regras garantidoras previstas nos artigos 6º e 196 da CF/88 normas de eficácia imediata; ao contrário, essa discussão se mostra inócua na medida em que tal critério hermenêutico não se pode sobrepor ao princípio de que a “saúde é direito de todos e dever do Estado” (art. 196), nem seguir outro caminho que não o da preservação da dignidade da pessoa humana e da vida.

Não se verifica ingerência do poder judiciário no caso em análise, quanto menos quebra do princípio constitucional da separação dos poderes (art. 2º, da Constituição Federal), de maneira que a obrigação jurídica de fornecer medicamento necessário à manutenção da vida de um cidadão brasileiro, como se observa, não se trata de ampliar política pública de saúde, e sim corrigir omissão do Estado em tão-somente aplicar tal política.

No caso dos autos, não há qualquer razoabilidade em denegar-se o necessário medicamento à apelante, não havendo óbice legal que possa impedir a cristalização do mais importante direito/garantia do homem – o direito à vida, consagrado como cláusula pétrea na Carta Magna.

Veja-se, a propósito, o entendimento do egrégio Superior Tribunal de Justiça sobre o assunto:

“MEDICAMENTO – DIREITO À VIDA E À SAÚDE – DEVER DO ESTADO – DIREITO LÍQUIDO E CERTO DO IMPETRANTE.

1. Esta Corte tem reconhecido que os portadores de moléstias graves, que não tenham disponibilidade financeira para custear o seu tratamento, têm o direito de receber gratuitamente do Estado os medicamentos de comprovada necessidade. Precedentes.

2. O direito à percepção de tais medicamentos decorre de garantias previstas na Constituição Federal, que vela pelo direito à vida (art. 5º, caput) e à saúde (art. 6º), competindo à União, Estados, Distrito Federal e Municípios o seu cuidado (art. 23, II), bem como a organização da seguridade social, garantindo a “universalidade da cobertura e do atendimento” (art. 194, parágrafo único, I).

3. A Carta Magna também dispõe que “A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação” (art. 196), sendo que o “atendimento integral” é uma diretriz constitucional das ações e serviços públicos de saúde (art. 198).

4. *In casu*, não havendo prova documental de que o remédio fornecido gratuitamente pela administração pública tenha a mesma aplicação médica que o prescrito ao impetrante - declarado hipossuficiente - , fica evidenciado o seu direito líquido e certo de receber do Estado o remédio pretendido.

5. Recurso provido”. (RMS 17425/MG; RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA 2003/0202733-4, MINISTRA ELIANA CALMON, T2 - SEGUNDA TURMA, DJ 22.11.2004 P. 293).

“ADMINISTRATIVO. MEDICAMENTOS PARA TRATAMENTO DA AIDS. FORNECIMENTO PELO ESTADO.

OBRIGATORIEDADE. AFASTAMENTO DA DELIMITAÇÃO CONSTANTE NA LEI Nº 9.313/96. DEVER CONSTITUCIONAL. PRECEDENTES.

1. RECURSO ESPECIAL INTERPOSTO CONTRA V. ACÓRDÃO QUE ENTENDEU SER OBRIGATORIEDADE DO ESTADO O FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS PARA PORTADORES DO VÍRUS HIV.

2. NO TOCANTE À RESPONSABILIDADE ESTATAL NO FORNECIMENTO GRATUITO DE MEDICAMENTOS NO COMBATE À AIDS, É CONJUNTA E SOLIDÁRIA COM A DA UNIÃO E DO MUNICÍPIO. COMO A LEI Nº 9.313/96 ATRIBUI À UNIÃO, AOS ESTADOS, AO DISTRITO FEDERAL E AOS MUNICÍPIOS O DEVER DE FORNECER MEDICAMENTOS DE FORMA GRATUITA PARA O TRATAMENTO DE TAL DOENÇA, É POSSÍVEL A IMEDIATA IMPOSIÇÃO PARA TAL FORNECIMENTO, EM VISTA DA URGÊNCIA E CONSEQÜÊNCIAS ACARRETADAS PELA DOENÇA.

3. É DEVER CONSTITUCIONAL DA UNIÃO, DO ESTADO, DO DISTRITO FEDERAL E DOS MUNICÍPIOS O FORNECIMENTO GRATUITO E IMEDIATO DE MEDICAMENTOS PARA PORTADORES DO VÍRUS HIV E PARA TRATAMENTO DA AIDS.

4. PELA PECULIARIDADE DE CADA CASO E EM FACE DA SUA URGÊNCIA, HÁ QUE SE AFASTAR A DELIMITAÇÃO NO FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS CONSTANTE NA LEI Nº 9.313/96.

5. A DECISÃO QUE ORDENA QUE A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA FORNEÇA AOS DOENTES OS REMÉDIOS AO COMBATE DA DOENÇA QUE SEJAM INDICADOS POR PRESCRIÇÃO MÉDICA, NÃO PADECE DE ILEGALIDADE.

6. PREJUÍZOS IRIAM TER OS RECORRIDOS SE NÃO LHES FOR PROCEDENTE A AÇÃO EM TELA, HAJA VISTA QUE ESTARÃO SENDO USURPADOS NO DIREITO CONSTITUCIONAL À SAÚDE, COM A CUMPLICIDADE DO PODER JUDICIÁRIO. A BUSCA PELA ENTREGA DA PRESTAÇÃO JURISDICIONAL DEVE SER PRESTIGIADA PELO MAGISTRADO, DE MODO QUE O CIDADÃO TENHA, CADA VEZ MAIS FACILITADA, COM A CONTRIBUIÇÃO

DO PODER JUDICIÁRIO, A SUA ATUAÇÃO EM SOCIEDADE, QUER NAS RELAÇÕES JURÍDICAS DE DIREITO PRIVADO, QUER NAS DE DIREITO PÚBLICO.

7. PRECEDENTES DA 1ª TURMA DESTA CORTE SUPERIOR.

8. RECURSO IMPROVIDO” (RESP 325337/RJ ; RECURSO ESPECIAL, MINISTRO JOSÉ DELGADO, PRIMEIRA TURMA, DJ 03.09.2001 P. 159).

“RECURSO ESPECIAL. MANDADO DE SEGURANÇA. FORNECIMENTO GRATUITO DE MEDICAMENTOS. SUS. LEI N. 8.080/90.

- O VENERANDO ACÓRDÃO PROFERIDO PELO EGRÉGIO TRIBUNAL A *QUO* DECIDIU A QUESTÃO NO ÂMBITO INFRACONSTITUCIONAL, NOTADAMENTE À LUZ DA LEI N. 8.080, DE 19 DE SETEMBRO DE 1990.

- O SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE PRESSUPÕE A INTEGRALIDADE DA ASSISTÊNCIA, DE FORMA INDIVIDUAL OU COLETIVA, PARA ATENDER CADA CASO EM TODOS OS NÍVEIS DE COMPLEXIDADE, RAZÃO PELA QUAL, COMPROVADA A NECESSIDADE DO MEDICAMENTO PARA A GARANTIA DA VIDA DA PACIENTE, DEVERÁ SER ELE FORNECIDO.

- RECURSO ESPECIAL PROVIDO. DECISÃO UNÂNIME.”(RESP 212.346/RJ, REL. MIN. FRANCIULLI NETTO, 2ª T., DJ 04/02/2002).

Dessa forma, a decisão que assegurou o recebimento dos medicamentos referidos no apelo, além de seu elevado sentido social, não viola qualquer preceito legal, estando, ao contrário, em harmonia com a Constituição Federal e a jurisprudência sobre o tema.

Ante o exposto, conheço do recurso, por estarem presentes seus pressupostos intrínsecos e extrínsecos de admissibilidade, para lhe negar provimento, mantendo a sentença atacada em seu inteiro teor e tornando definitiva a tutela antecipada concedida.

É como voto.

Fortaleza, 5 de maio de 2009.

PROCESSO Nº.: 2000.0133.6736-7/1.

CLASSE: APELAÇÃO CÍVEL.

COMARCA: FORTALEZA.

APELANTE: ESTADO DO CEARÁ.

APELADO: DOMINGOS CLEMILTON GOMES DE LIMA E OUTROS.

RELATOR: DESEMBARGADOR FRANCISCO SALES NETO.

ÓRGÃO JULGADOR: 1ª CÂMARA CÍVEL.

EMENTA: DIREITO PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. APELAÇÃO CÍVEL E REMESSA NECESSÁRIA EM SEDE DE AÇÕES CAUTELAR E ORDINÁRIA. PRELIMINAR DE OFENSA AO PRINCÍPIO DO JUIZ NATURAL ACOLHIDA. PROCESSO EXTINTO EM RELAÇÃO AOS LITISCONSORTES ATIVOS ULTERIORES. CURSO DE HABILITAÇÃO DE SARGENTOS. REALIZAÇÃO POR FORÇA DE DECISÃO LIMINAR CONFERIDA EM SEDE DE AÇÃO CAUTELAR. FINALIZAÇÃO DO CURSO ANTES JULGAMENTO DA DEMANDA. APLICAÇÃO DA TEORIA DO FATO CONSUMADO. IMPOSSIBILIDADE. SENTENÇA QUE NÃO APRECIOU O MÉRITO DA LIDE. APELO E REMESSA OFICIAL CONHECIDOS E PROVIDOS.

1. A integralização ulterior do pólo ativo da demanda por litisconsortes facultativos, ocorrida somente após a regular distribuição do processo cautelar, substancia burla às regras de distribuição de processos por sorteio, sobretudo aquelas dispostas no Art. 253 do Código de Processo Civil, representando, num sentido objetivo, violação ao princípio constitucional do juiz natural. Precedentes do Superior Tribunal de Justiça. Preliminar acolhida para extinguir o feito em relação aos litisconsortes ativos ulteriores, na forma do Art. 267, IV do Digesto Processual Civil;

2. No tocante à aplicabilidade da teoria do fato consumado ao presente caso, tenho que o pedido autoral

não poderia ter sido simplesmente acolhido pelo magistrado singular sem a devida e imperiosa apreciação da sua causa de pedir, vale dizer, sem uma reflexão mais aprofundada acerca das razões de direito que nortearam o mérito porfiado na lide;

3. Na esteira do posicionamento adotado pelo Pretório Excelso, a teoria do fato consumado vem enfrentando sérias ressalvas, sobretudo nas hipóteses em que a situação fática contemplada se perpetuou no plano factual unicamente por força de decisão liminar que sequer restou confirmada pelo juízo *a quo*, com a imperiosa apreciação do mérito da demanda. Precedentes jurisprudenciais.

4. Apelação cível e Remessa oficial obrigatória conhecidas e parcialmente providas.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de Apelação Cível nº 2000.0133.6736-7, em que são partes as pessoas acima indicadas, acordam os Desembargadores da 1ª Câmara deste Egrégio Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, à unanimidade, em conhecer do presente recurso apelatório, bem como da Remessa *ex officio*, no sentido de conferir-lhes provimento, tudo nos termos do voto do Relator.

Fortaleza, 27 de abril de 2009.

RELATÓRIO

Cogita-se de remessa oficial obrigatória e apelação cível manejada pelo Estado do Ceará, colimando a reforma da r. sentença lançada às fls. 114/121 dos autos, a qual julgou procedente o pedido formulado pelo Sr. Domingos Clemilton Gomes de Lima e outros, em sede de ação cautelar e ação ordinária de conhecimento, no sentido de assegurar-lhes o gozo dos direitos inerentes à conclusão do curso Curso de Habilitação de Sargentos (CHS-II/2003), realizado pelo Corpo de Bombeiros do Ceará, cuja matrícula e participação restou assegurada nos termos da decisão liminar prolatada às fls. 98/100 da ação cautelar preparatória em apenso, conforme se vê da sentença ora invectivada.

Irresignação recursal disposta às fls. 125/130, bosquejando como

razões bastantes à reforma do r. julgado *a quo*, em síntese, a violação pelos recorridos ao princípio do juiz natural e a impossibilidade de aplicação da teoria do fato consumado na espécie.

Às fls. 131/135, os apelados interpuseram embargos de declaração, colimando a integração do julgado sob reproche, com a retroação das suas promoções até a data do término do Curso em dezembro de 2003.

Pelo petitório adunado à fl. 136, o Sr. José Erasmo Ramos Soares apresentou desistência do prosseguimento do processo em tablado, nos termos do Art. 397 do CPC.

Às fls. 144/146, o conspícuo julgador singular posicionou-se pela improcedência da pretensão aclaratória vertida pelos ora recorridos, asseverando, outrossim, a impossibilidade de apreciação do pleito de desistência formulado pelo Sr. José Erasmo Ramos Soares em virtude de já ter sido prolatada a sentença às fls. 114/121 da instrução.

Recebido o apelo em seus regulares efeitos, nos moldes da decisão de fl. 149, assinou-se prazo aos apelados para ofertarem suas contra-razões recursais, as quais vieram adunadas às fls. 150/157, oportunidade em que pugnaram, quanto ao mérito, pela manutenção da r. sentença vergastada.

Instada a se manifestar nos autos, a Douta Procuradoria Geral de Justiça, por parecer da lavra da ilustre Procuradora de Justiça Dr^a Osemilda Maria Fernandes de Oliveira, às fls. 170/175, opinou pelo desprovimento da inconformidade manejada pelo Estado apelante, mantendo-se em sua integralidade o v. *decisum* objurgado.

É o que importava relatar.

À Douta Revisão.

VOTO

Como já deslindado, têm-se, para exame e apreciação, remessa oficial obrigatória e recurso apelatório voluntário em sede de ação principal de conhecimento e cautelar, objetivando a reforma do julgado proferido pelo insigne magistrado titular da 2^a Vara da Fazenda Pública da Comarca de Fortaleza/CE, às fls. 114 *usque* 121 da instrução da ação de conhecimento, o qual, julgando procedente a pretensão pulsada pelos Srs. Domingos Clemilton Gomes de Lima e outros, assegurou-lhes o gozo dos direitos inerentes à conclusão do Curso de Habilitação de Sargentos (CHS-II/2003), cuja matrícula e participação restou assegurada por decisão liminar prolatada às fls. 98/100 da ação cautelar preparatória em apenso, de resultado igualmente procedente, conforme se vê da sentença ora invectivada.

Consoante se vê da instrução, entendeu ilustrado julgador *a quo*, que a pretensão veiculada pelos recorridos restou efetivamente consumada no tempo, em face da conclusão do Curso por si pretendido, inclusive com a sua promoção para a graduação de 1º Sargento, circunstância que conferiria lastro à aplicação da teoria do fato consumado à espécie.

O recurso apelatório manejado pelo Estado do Ceará às fls. 125/130 da *actio principalis*, por sua vez, firma a necessidade da reforma do *decisum* singular, assestando, primeiramente, a ofensa ao princípio do juiz natural, em função da constituição irregular do pólo ativo da demanda em tablado, cuja integralização, ainda no curso do processo cautelar, a título de litisconsórcio facultativo ulterior, importou escolha de juízo pelos demandantes supervenientes.

Aduz, mais, que a conclusão de curso de formação não admite aplicação do teorema da consumação de fato, sobretudo se considerado empréstimo de efeito suspensivo conferido à liminar que assegurou a participação dos recorridos no Curso de Habilitação de Sargentos, nos termos do *decisum* prolatado no Pedido de Suspensão Liminar nº 2004.0007.0377-3/0.

Tanto a apelada como o Órgão Ministerial pugnaram pela manutenção do julgamento monocrático.

Estas as principais pontuações encerradas na vertente lide.

Processo revisado pelo insigne Desembargador Raul Araujo Filho.

Adiante, meu posicionamento.

1.DAS QUESTÕES PREJUDICIAIS.

Ab initio, insta aqui enfrentar as prejudiciais instaladas no processo em deslinde, sendo a primeira referente à ocorrência, tanto na ação cautelar como na ação principal, de violação ao princípio do juiz natural, e, a segunda, concernente ao pedido de desistência do prosseguimento do processo, formulado pelo Sr. José Erasmo Ramos Soares; é o que faço pontualmente.

1.1 Da ofensa ao princípio do juiz natural.

Iniciando a análise dos aspectos processuais da lide, aprecio a temática especificamente ventilada pelo Estado recorrente em seu recurso apelatório, pertinente à violação, por ocasião do início do procedimento cautelar, do princípio do juiz natural.

A esse respeito, aduz o recorrente que, os Srs. Aécio Teixeira Braga, Francisco José Lopes de Sousa, José Erasmo Ramos Soares, Mauro Cesar Barroso Braga, Francisco Wagner Fernandes do Nascimento, Cleudione Braga Veras,

Francisco das Chagas Lima e Francisco José Lopes de Sousa, ao aderirem ao pleito cautelar inicialmente propulsionado pelo Sr. Domingos Clemilton Gomes de Lima, posteriormente à sua regular distribuição por sorteio, findaram por burlar a sistemática de distribuição de processos, escolhendo, efetivamente, o julgador da sua pretensão.

E, neste tocante, hei de reconhecer a prevalência da tese pugnada pelo Estado apelante.

É que, consoante se observa da ação cautelar em apenso (Processo nº 2000.0131.8710-5), a integralização do pólo ativo pelos militares suso nominados, na qualidade de litisconsortes ativos facultativos ulteriores, ocorreu somente empós a regular distribuição da lide.

Referida situação, é de se dizer, substancia burla às regras de distribuição de processos por sorteio, sobretudo aquelas dispostas no Art. 253 do Código de Processo Civil, representando, num sentido objetivo, violação ao princípio constitucional do juiz natural.

Neste cotejo, destaco que a orientação jurisprudencial adotada especialmente pelo Superior Tribunal de Justiça é firme no sentido de que não se admite a formação do litisconsórcio ativo facultativo após a propositura da ação, inclusive implicando a extinção do processo sem julgamento de mérito em relação aos litisconsortes ulteriores. A esse respeito, os seguintes arestos:

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. LITISCONSÓRCIO FACULTATIVO ULTERIOR. VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DO JUIZ NATURAL. CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. ADMINISTRADORES, AUTÔNOMOS E AVULSOS. LEIS 7.787/89 E 8.212/91. COMPENSAÇÃO. ARTIGO 89, § 3º, DA LEI 8.212/91. LIMITAÇÕES INSTITUÍDAS PELAS LEIS 9.032/95 E 9.129/95. POSSIBILIDADE. JUROS DE MORA. TERMO INICIAL. REPETIÇÃO DE INDÉBITO. ARTIGOS 167, PARÁGRAFO ÚNICO, DO CTN, E SÚMULA 188/STJ. APLICAÇÃO. SENTENÇA CONDENATÓRIA DO DIREITO À COMPENSAÇÃO DE INDÉBITO. REPETIÇÃO POR VIA DE PRECATÓRIO. POSSIBILIDADE.

1. A inclusão de litisconsorte ativo facultativo, após a distribuição da ação judicial, configura desrespeito à garantia constitucional do Juiz Natural (artigo 5º, incisos XXXVII e LIII, da Constituição Federal de 1988), praxe que é coibida pela norma inserta no artigo 253, do CPC, segundo o qual as causas de qualquer natureza distribuir-se-ão por dependência quando, tendo sido extinto o processo, sem julgamento de mérito, for reiterado o pedido, ainda que em litisconsórcio com outros autores ou que sejam parcialmente alterados os réus da demanda (artigo 253, inciso II, do CPC, com a redação dada pela Lei 11.280/2006) (Precedentes do STJ: AgRg no

MS 615/DF, Rel. Ministro Bueno de Souza, Corte Especial, julgado em 13.06.1991, DJ 16.03.1992; REsp 24.743/RJ, Rel. Ministro Edson Vidigal, Quinta Turma, julgado em 20.08.1998, DJ 14.09.1998; e REsp 931.535/RJ, Rel. Ministro Francisco Falcão, Primeira Turma, julgado em 25.10.2007, DJ 05.11.2007).

2. A violação do princípio do juiz natural em virtude do ulterior ingresso de litisconsortes ativos facultativos, não atrai a incidência do artigo 113, § 2º, do CPC. Isto porque decorre da inobservância das regras de determinação de competência, e não em razão da incompetência do juízo, consoante se depreende do seguinte excerto do voto-condutor do acórdão recorrido: “Com efeito, o juízo não é absolutamente incompetente, tanto que, no caso de nova apresentação da ação (havendo uma nova distribuição e, não, uma redistribuição), a lide poderia vir a ser julgada pelo mesmo juízo, mas desta vez com a estrita observância do princípio do juiz natural, pelo emprego das devidas e inafastáveis regras de distribuição de feitos.”

3. O litisconsórcio superveniente inadmitido impõe, quanto aos litisconsortes, a extinção do processo, porquanto o desmembramento e redistribuição dos autos implicaria em violação aos princípios da razoabilidade e da celeridade processuais, comprometendo o desenvolvimento regular da função jurisdicional e prejudicando o exercício da ação ou da defesa, e contrariando o escopo do parágrafo único, do artigo 46, do Codex Processual. [...] (REsp 796.064/RJ, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 22/10/2008, DJe 10/11/2008)

MANDADO DE SEGURANÇA. CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. ADMINISTRADORES, AUTÔNOMOS E AVULSOS. INCONSTITUCIONALIDADE. PRESCRIÇÃO. TESE DO “CINCO MAIS CINCO”. LITISCONSÓRCIO ATIVO FACULTATIVO POSTERIOR AO AJUIZAMENTO DA AÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. EXTINÇÃO DO PROCESSO SEM JULGAMENTO DE MÉRITO.

I - A inclusão de litisconsortes ativos facultativos em momento ulterior ao ajuizamento da ação fere o princípio do juiz natural, insculpido no art. 5º, incisos XXXVII e LIII, da CF/88, independentemente da apreciação da liminar e da efetivação da citação do réu. Precedente: REsp nº 24.743/RJ, Rel. Min. EDSON VIDIGAL, DJ de 14/09/98.

II - Não há que se falar em incompetência absoluta do juízo, seja material, seja funcional, suficiente para determinar a redistribuição do feito ao juiz competente (art. 113, § 2º, do CPC), na hipótese de o julgador indeferir a inclusão de litisconsortes ativos na lide, pois ocorreu, na verdade, distribuição irregularmente dirigida.

III - A Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça, no julgamento dos Embargos de Divergência no Recurso Especial n. 435.835-SC (relator para o acórdão Ministro José Delgado), firmou o

entendimento de que, na hipótese de tributo sujeito a lançamento por homologação, o prazo prescricional para se pleitear a compensação ou a restituição do crédito tributário somente se opera quando decorridos cinco anos da ocorrência do fato gerador, acrescidos de mais cinco anos, contados a partir da homologação tácita. Precedentes: REsp nº 422.531/MG, Rel. Min. JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, DJ de 30/06/04; AGREsp nº 615.819/RS, Rel. Min. LUIZ FUX, DJ de 28/06/04 e REsp nº 614.002/RS, Rel. Min. JOSÉ DELGADO, DJ de 31/05/04.

IV - Recursos especiais de SUPERMOTOR COMÉRCIO E IMPORTAÇÃO DE EQUIPAMENTOS AUTOMOTIVOS LTDA e OUTROS e de TRANSPORTES SANTA MARIA LTDA e OUTRO IMPROVIDOS e apelo especial do INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS PROVIDO. (REsp 931.535/RJ, Rel. Ministro FRANCISCO FALCÃO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 25/10/2007, DJ 05/11/2007 p. 238).

Saliento, nessa seara, que o malferimento ao princípio constitucional ora tratado representa vício insanável, portanto, de impossível convalidação, sequer admitindo a preclusão consumativa, conforme já decidido pelo próprio Supremo Tribunal Federal, por ocasião do julgamento do HC nº 87.388/DF, relatado pelo ínclito ministro Marco Aurélio:

“Descabe cogitar de preclusão quando em jogo os princípios do promotor e do juiz natural” (RT v. 95, n. 853, 2006, p. 507-509)

Cumpre, nessa esteira, esclarecer, que a violação ao preceito sob análise não se limita aos lindes da ação cautelar preparatória, estendendo seus efeitos, inclusive, à ação que lhe é principal e cuja distribuição é a ela dependente.

Em face dessas considerações, reconheço a invalidade suscitada para extinguir parcialmente os processos cautelar e principal, com base nos Arts. 252, 253 e 267, inciso IV, todos do Código de Processo Civil, em relação aos Srs. Aécio Teixeira Braga, Francisco José Lopes de Sousa, José Erasmo Ramos Soares, Mauro Cesar Barroso Braga, Francisco Wagner Fernandes do Nascimento, Cleudione Braga Veras, Francisco das Chagas Lima e Francisco José Lopes de Sousa.

Prosseguem, entretanto, as ações respectivas, unicamente em relação ao Sr. Domingos Clemilton Gomes de Lima, haja vista este ser seu titular primário.

1.2 Do pedido de desistência.

Como sobredito, requestou o Sr. José Erasmo Ramos Soares, ora

recorrido, à fl. 136 dos autos, a desistência do prosseguimento da lide, por ausência de interesse, com suporte na disposição inserta no Art. 267, inciso VIII, do Digesto Processual Civil.

No que tange a esta postulação, evidencio que a extinção parcial em relação ao litisconsorte acima nominado findou por exauri-la no plano objetivo, motivo pelo qual deixo de apreciá-la, porquanto dispensável à solução da lide em seu atual estado.

2. DO MÉRITO RECURSAL.

Feitas estas considerações primárias, verifico que o processo em tablado encontra-se em ordem, não se visualizando, no recurso manejado pelo Estado do Ceará, qualquer sorte de vício capaz de ensejar-lhe o não conhecimento, razão porque recebo, de plano, tanto o recurso apelatório voluntário como a remessa *ex officio*, esta última em conformidade com o disposto no Art. 475, inciso I, do Código de Processo Civil.

Passo, portanto, à análise do mérito expendido no recurso propulsionado pelo Estado do Ceará e, nesse tocante, hei por bem acolher a pretensão reformatória esgrimida pelo ente público apelante, no sentido de afastar a aplicação da teoria do fato consumado à hipótese sob cotejo.

Consoante o já declinado, o magistrado *a quo*, ao apreciar postulação liminar formulada em sede cautelar pelo Sr. Domingos Clemilton Gomes de Lima, determinou-lhe a inclusão no Curso de Habilitação de Sargentos do Corpo de Bombeiros do Estado do Ceará, provimento este que restou finalmente confirmado no julgamento das demandas principal e cautelar submetidas à sua apreciação, concedendo-se, outrossim, ao militar ora apelado, a fruição de todos os direitos inerentes ao curso em menção.

Na oportunidade, ponderou o julgador singular que a hipótese *in concreto* admitia a aplicação da teoria do fato consumado, sob a argumentação de que o recorrido, tendo efetivamente finalizado o Curso de Habilitação a Sargentos por si vindicado, sob o pálio da decisão liminar lançada a título precário no feito cautelar, findou por substanciar situação irreversível no plano fático.

Entretanto, no tocante à aplicabilidade da teoria do fato consumado ao presente caso, tenho que o pedido autoral não poderia ter sido simplesmente acolhido pelo magistrado singular sem a devida e imperiosa apreciação da sua causa de pedir, vale dizer, sem uma reflexão mais aprofundada acerca das razões de direito que nortearam o mérito porfiado na lide.

É que, na esteira do posicionamento adotado pelo Pretório Excelso, a teoria do fato consumado vem enfrentando sérias ressalvas, sobretudo nas

hipóteses em que a situação fática contemplada se perpetuou no plano factual unicamente por força de decisão liminar que sequer restou confirmada pelo juízo *a quo*, com a imperiosa apreciação do mérito da demanda.

No tocante a esse aspecto, trago à evidência o pronunciamento da lavra do ínclito Ministro Celso de Mello, consignado no julgamento do AG 120.893 (AgRg), o qual teceu severa crítica à aplicação indiscriminada do teorema enfocado, “*verbis*”:

“Não desconheço que esta Corte tem, vez por outra, admitido – com fundamento jurídico que não sei qual seja, a denominada “teoria do fato consumado”, desde que se trate de situação ilegal consolidada no tempo quando decorrente de deferimento de liminar em mandado de segurança.

Jamais compartilhei esse entendimento que leva a premiar quem não tem direito pelo fato tão só de um Juízo singular ou de um Tribunal retardar exagerada e injustificadamente o julgamento definitivo de um mandado de segurança em que foi concedida liminar, medida provisória por natureza, ou de a demora, na desconstituição do ato administrativo praticado por força de liminar posteriormente cassada, resultar da lentidão da máquina administrativa.

.....
Ora, admitir – como por vezes tem feito esta Corte – que se mantenham situações de fato consolidadas no tempo por atraso na prestação jurisdicional não implica sustentar (o que esse Tribunal jamais fez) que há direito adquirido à preservação de quaisquer situações de fato que, por qualquer motivo, se prologaram no tempo. Para que haja direito adquirido, se faz necessário que haja a existência de um direito, o que, nesses casos, não ocorre à toda evidência”

Confira-se, ainda a propósito do tema, trecho do voto proferido pelo Ministro Gilmar Mendes, relator do Agravo Regimental no Agravo de Instrumento nº 581.992/MG, publicado no DJU de 06/10/2006, *verbis*:

“Por fim, o agravante insiste na tese da teoria do fato consumado. Tal tese também não se sustenta no presente caso, mesmo tendo o agravante participado do Curso de Formação, por força de liminar, e tendo sido aprovado e convocado. A Administração, buscando evitar que esta situação fática se consolidasse, contestou as decisões judiciais, defendendo a legitimidade do certame.

No presente caso, não se pode invocar a teoria do fato consumado sob o manto da segurança jurídica. A aplicação desta teoria enfrenta temperamentos neste Tribunal. Nesse sentido, o RMS 23.793, 1ª T., Rel. Moreira Alves, DJ 14.12.01 e o RMS 23.544, 2ª T., Rel. Celso de Mello, DJ 21.06.02.

No mesmo sentido: AgR-RE 462.909/GO, 2ª Turma, Rel. Min. GILMAR MENDES, DJ 12/05/2006; AgR- RE 447.521/MG, 2ª Turma, Rel. Min. GILMAR MENDES, DJ 24/02/2006; RMS 23.544/DF, 2ª Turma, Rel. Min. CELSO DE MELLO, DJ 21/06/2002; RMS 23.793/DF, 1ª Turma, Rel. Min. MOREIRA ALVES, DJ 14/12/2001; RMS 23.692/DF, 1ª Turma, Rel. Min. ELLEN GRACIE, DJ 16/11/2001. Dentre estes citados precedentes, vale destacar, ainda, excerto do voto proferido pelo Ministro Celso de Mello no RMS 23.544/DF, 2ª Turma do STJ, publicado no DJU 21/06/2002:

'(...)Tenho para mim, na linha de recente decisão emanada da Colenda Primeira Turma desta Suprema Corte (RE 275.159-SC, Rel. Min. ELLEN GRACIE), que situações de fato, geradas pela concessão de provimentos judiciais de caráter meramente provisório, não podem revestir-se, ordinariamente, *tractu temporis*, de eficácia jurídica que lhes atribua sentido de definitividade, compatível, apenas, com decisões favoráveis revestidas da autoridade da coisa julgada, notadamente nas hipóteses em que a pretensão deduzida em juízo esteja em conflito com a ordem Constitucional, como ocorre na espécie destes autos.'

Palmilhando pela mesma seara, o Superior Tribunal de Justiça passou a esposar o mesmo posicionamento adotado pelo Supremo, tal como se vê do voto proferido pela insigne Ministra Laurita Vaz por ocasião do julgamento do Agravo Regimental no Mandado de Segurança nº 27.564 do Estado do Ceará, da sua relatoria, cuja ementa assim consignou, *in litteris*:

ADMINISTRATIVO. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. CONCURSO PÚBLICO PARA AGENTE PENITENCIÁRIO. PARTICIPAÇÃO DO CERTAME POR FORÇA DE LIMINAR. TEORIA DO FATO CONSUMADO. INAPLICABILIDADE. PARTICIPAÇÃO DAS DEMAIS ETAPAS. AUSÊNCIA DE DIREITO LÍQUIDO E CERTO. CANDIDATO NÃO CLASSIFICADO DENTRO DO NÚMERO DE VAGAS.

1. Não se aplica ao caso específico dos autos a Teoria do Fato consumado, tendo em vista que o Impetrante participou das etapas do certame por força de decisão liminar, não podendo, pois, perpetuar uma situação precária, fundada em suspeita de ato ilegal não comprovado. Precedentes desta Corte.

2. Não assiste ao ora Agravante direito líquido e certo de prosseguir nas etapas posteriores do concurso público a que se submeteu, tendo em vista que não foi classificado dentro do número de vagas oferecidas no Edital, sendo certo que a criação de novas vagas durante o certame em nada favoreceu sua posição classificatória.

3. Agravo regimental desprovido. (AgRg no RMS 27.564/CE, Rel.

Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 24/11/2008, DJe 15/12/2008).

Do voto condutor do aresto em referência, destaco o seguinte excerto, em tudo aplicável ao caso em deslinde, *verbis*:

“Conforme destacado na decisão agravada, esta Corte Superior de Justiça, reformulando anterior posicionamento, firmou o entendimento no sentido de que a Teoria do Fato Consumado não se aplica nos casos em que candidatos participaram em concursos públicos ou tomaram posse em cargos com base em liminares, ante a precariedade de tais decisões.”

Cabe registrar, por relevante, que esse entendimento tem prevalecido na mais recente jurisprudência firmada no tema, como se vê dos julgamentos - a seguir referidos - consubstanciados em acórdãos assim ementados:

AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA. CONCURSO PÚBLICO PARA O PROVIMENTO DE CARGOS DE AGENTE PENITENCIÁRIO. LIMINAR CONCEDIDA PELO TRIBUNAL A *QUO*. TEORIA DO FATO CONSUMADO ALEGADA. NÃO APLICABILIDADE. A APROVAÇÃO NAS FASES DO CERTAME, POR FORÇA DE LIMINAR, NÃO GARANTE A NOMEAÇÃO DO CANDIDATO. LEI SUPERVENIENTE QUE AUMENTA O NÚMERO DE VAGAS NO CARGO PRETENDIDO NÃO MODIFICA AS DISPOSIÇÕES DO EDITAL. CANDIDATO COLOCADO ALÉM DO NÚMERO DE VAGAS PREVISTO NO EDITAL. NÃO PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS NECESSÁRIOS PARA SUA APROVAÇÃO. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

1. A teoria do fato consumado não se aplica aos casos em que a participação do candidato no certame ocorreu apenas por força de decisão liminar.

2. Os não classificados dentro do número de vagas previsto no edital, que vêm a participar das demais etapas do certame por força de decisões judiciais, não têm direito adquirido à nomeação definitiva, pois não se pode perpetuar uma situação precária, fundada em suspeita de ato ilegal não comprovado.

[...]

5. Agravo Regimental desprovido. (AgRg no RMS 25.128/CE, 5.ª Turma, Rel. Min. NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, DJ de 23/06/2008.)

DIREITO ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. CONCURSO PÚBLICO PARA O PROVIMENTO DE CARGOS DE AGENTE PENITENCIÁRIO. LIMINAR CONCEDIDA. TEORIA DO FATO CONSUMADO. NÃO APLICABILIDADE. A CONCESSÃO DE LIMINAR MANDAMENTAL NÃO BASTA, SÓ POR SI, PARA GARANTIR EM CARÁTER DEFINITIVO, A PARTICIPAÇÃO EM CURSO DE FORMAÇÃO E À NOMEAÇÃO. DIREITO LÍQUIDO E CERTO À CONVOCAÇÃO EM VIRTUDE DA CRIAÇÃO LEGAL DE NOVAS VAGAS. NÃO CARACTERIZAÇÃO. CANDIDATO CLASSIFICADO EM POSIÇÃO DISTANTE AO NÚMERO PREVISTO PARA ADMISSÃO DE FREQUÊNCIA AO CURSO DE FORMAÇÃO PROFISSIONAL.

1. A Teoria do Fato Consumado não se aplica às hipóteses nas quais a participação do candidato no certame ocorre apenas por força de decisão liminar. Reformulação do entendimento da egrégia Terceira Seção do STJ.

(...)

5. Recurso Ordinário conhecido, mas desprovido. (RMS 24.223/CE, Rel. Ministra JANE SILVA (DESEMBARGADORA CONVOCADA DO TJ/MG), QUINTA TURMA, julgado em 11/12/2007, DJ 07/02/2008 p. 1)

RECURSO ESPECIAL. ADMINISTRATIVO. CONCURSO PÚBLICO. PARTICIPAÇÃO EM CURSO DE FORMAÇÃO POR FORÇA DE DECISÃO LIMINAR. APROVAÇÃO NO CURSO DE FORMAÇÃO. NOMEAÇÃO. PERMANÊNCIA NO CARGO. TEORIA DO FATO CONSUMADO. INAPLICABILIDADE.

I- Verificando o e. Tribunal *a quo* a inexistência da ilegalidade que ensejou a concessão da liminar para participação no curso de formação, não se pode aplicar a Teoria do Fato Consumado para garantir a permanência no cargo das candidatas nomeadas em razão da aprovação no referido curso.

II- A Teoria do Fato Consumado não se aplica às hipóteses nas quais a participação do candidato no certame ocorre apenas por força de decisão liminar. (Precedentes do c. STF).

III- Impõe-se o retorno dos autos o e. Tribunal *a quo* para que examine, com exclusividade, a alegação de preterição das recorridas na participação no curso de formação. Assim, estará resguardada a oportunidade para apresentação de eventual recurso quanto a esse

aspecto. Recurso parcialmente provido. (REsp 883321/DF, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 13/02/2007, DJ 19/03/2007 p. 393).

ADMINISTRATIVO. CONCURSO PÚBLICO. BOMBEIRO MILITAR. LIMITE MÁXIMO DE IDADE. POSSIBILIDADE. APROVAÇÃO EM CURSO DE FORMAÇÃO POR FORÇA DE DECISÃO LIMINAR. TEORIA DO FATO CONSUMADO. INAPLICABILIDADE. RECURSO ORDINÁRIO IMPROVIDO.

1. O Superior Tribunal de Justiça firmou entendimento no sentido de que, em razão da atividades exercidas pelos policiais militares, é legal a exigência de idade limite máxima (26 anos) fixada no Edital n.º 1/CESIEP/2003 do concurso de Soldado da Polícia Militar e Corpo de Bombeiros do Estado de Santa Catarina. Precedentes.

2. A Teoria do Fato Consumado não se aplica nas hipóteses em que a participação do candidato no certame ocorreu apenas em virtude de decisão liminar. Precedentes.

3. Recurso ordinário improvido. (RMS 19.937/SC, 5.ª Turma, Rel. Min. ARNALDO ESTEVES LIMA, DJ de 27/11/2006 - grifei.)

Ressalto, por último, que a decisão liminar que conferia estofo à pretensão do apelado teve seus efeitos suspensos por decisão da Presidência desta Colenda Corte, exarada nos autos do Pedido de Suspensão de Liminar n.º 2004.0007.0377-3/0, circunstância esta que, *per se*, impenderia a apreciação do mérito da demanda pelo magistrado singular, para fins de delineação do direito vindicado pelo apelado remanescente.

Por estas razões, voto pelo conhecimento e provimento da remessa oficial e do recurso apelatório agitado pelo Estado do Ceará, no sentido de extinguir os processos cautelar e principal, com base nos Arts. 252, 253 e 267, inciso IV, todos do Código de Processo Civil, em relação aos Srs. *Aécio Teixeira Braga, Francisco José Lopes de Sousa, José Erasmo Ramos Soares, Mauro Cesar Barroso Braga, Francisco Wagner Fernandes do Nascimento, Cleudione Braga Veras, Francisco das Chagas Lima e Francisco José Lopes de Sousa* e, bem assim, pelo retorno dos autos ao juízo *a quo*, para que se pronuncie a respeito da matéria de fundo suscitada na demanda.

Com suporte no disposto no Art. 20, § 4º, do Digesto Processual Civil, arbitro honorários advocatícios à conta de R\$ 600,00 (seiscentos reais), em tudo observado o disposto no Art. 12 da Lei 1.060/50.

Custas *ex lege*.

É como voto.

Fortaleza, 27 de abril de 2009.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 2000.0152.3171-3/1
REMETENTE: JUIZ DE DIREITO DA 2ª VARA DA COMARCA DE
QUIXADÁ
APELANTES: REGINALDO FERREIRA DO ESPÍRITO SANTO E
RIZONALDO ALVES PAES
APELADO: MUNICÍPIO DE QUIXADÁ
RELATOR: DES. ADEMAR MENDES BEZERRA

EMENTA: PROCESSUAL CIVIL. MANDADO DE SEGURANÇA. SENTENÇA. APELAÇÃO INTERPOSTA PELA AUTORIDADE COATORA DURANTE A VIGÊNCIA DA LEI Nº 1.533/1951. ILEGITIMIDADE *AD RECURSUM*.

I – Doutrina e jurisprudência pátria têm assente que o sujeito passivo da lide mandamental é a pessoa jurídica à qual se encontra vinculada a autoridade coatora, cabendo, a esta última, prestar as informações devidas, subscrevendo-as, assim como cumprir o teor do provimento liminar ou sentencial.

II – A legitimação para recorrer do ato judicial, liminar ou meritório, constitui prerrogativa processual do representante da pessoa jurídica interessada.

III – A interposição de apelação cível pelo coator impõe o reconhecimento da ilegitimidade *ad recursum*, restando ausente um dos pressupostos intrínsecos de admissibilidade do recurso.

IV – Sob a vigência da nova Lei do Mandado de Segurança a autoridade coatora possui legitimidade para recorrer, a teor do art. 14, §2º, hipótese esta que não se conforma com o entendimento da legislação revogada, sob a qual teve início o fluxo do prazo recursal.

Apelo não conhecido.

REMESSA EX-OFFICIO. ARTIGO 12, PARÁGRAFO ÚNICO, DA LEI Nº 1.533/1951, VIGENTE À ÉPOCA DA PROLAÇÃO DO DECRETO SENTENCIAL. FORNECIMENTO DE

ENERGIA ELÉTRICA. INADIMPLÊNCIA. CORTE. ÓRGÃOS PÚBLICOS MUNICIPAIS. POSSIBILIDADE DESDE QUE SE PRESERVE O ABASTECIMENTO DE FORÇA ÀS UNIDADES ADMINISTRATIVAS ESSENCIAIS: ESCOLAS, CRECHES, HOSPITAIS, POSTOS DE SAÚDE, SEDE DA PREFEITURA. INTELIGÊNCIA DO ART. 6º, §3º, INC. II, DA LEI Nº 8.987/1995.

I – A concessionária de serviço público essencial, tal como se caracteriza a energia elétrica, pode suspender o fornecimento quando configurada a inadimplência do consumidor.

II – Todavia, em se tratando de inadimplência de Ente municipal, cabe à concessionária preservar o suprimento de força para as unidades administrativas essenciais, compreendidas como tais os hospitais, os pronto-socorros, as escolas, as creches, a sede da Prefeitura.

III – A ameaça de suspensão do fornecimento de energia elétrica não pode ser utilizada como forma de coagir o consumidor ao pagamento da obrigação que lhe compete, comprovando-se que a dívida em atraso remete, majoritariamente, a períodos pretéritos, já se encontrando consolidada, cabendo à concessionária a utilização das vias judiciais próprias.

Recurso oficial conhecido e desprovido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de apelação cível nº 2000.0152.3151-3/1, 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, em não conhecer do recurso voluntário; reexame necessário conhecido, todavia para negar-lhe provimento, na conformidade do voto do relator.

Fortaleza, 11 de novembro de 2009.

RELATÓRIO

O Município de Quixadá impetrou mandado de segurança preventivo contra ameaça da prática de ato ilegal e abusivo do Gerente da COELCE em Quixadá, Rizonaldo Alves Paes e do Chefe do Departamento de Clientes Oficiais, Reginaldo Ferreira, alegando que a fornecedora de energia elétrica estadual, concessionário de serviço público essencial, estava em vias de proceder ao corte do fornecimento de força para as unidades municipais em face do inadimplemento do pagamento das tarifas mensais.

Explica a impetrante que em 01/01/2001 tomou posse o novo gestor municipal, encontrando, no início do desempenho do mandato eletivo, desorganização administrativa e financeira, débito com servidores, prestadores de serviços e fornecedores, inclusive os que possuem natureza essencial: água, telefone e força. Quanto ao fornecimento de energia, deparou-se com dívida atribuída pela COELCE no valor de R\$ 109.357,37 (cento e nove mil, trezentos e cinquenta e sete reais e trinta e sete centavos), relativamente a diversos órgãos da administração municipal.

Aponta que tais débitos são classificados pela Lei Complementar nº 101/2000, denominada Lei de Responsabilidade Fiscal, como restos a pagar, necessitando, para quitação, do correspondente valor em caixa, tornando necessária a apuração da responsabilidade do antigo gestor mediante processo judicial.

Sustenta a municipalidade impetrante que as autoridades coatoras, na qualidade de representantes de concessionária pública, estão ameaçando a Prefeitura de Quixadá com o corte do fornecimento de energia elétrica em diversos órgãos públicos, fato este que ocasionará sérios prejuízos à população local.

Requeru a concessão de liminar para o fim de afastar a prática de ato abusivo e ilegal atribuído aos impetrados, pugnando, em sede meritória, pela outorga da segurança.

O *writ of mandamus* foi instruído com os documentos de fls. 18 *usque* 312, todos em cópias.

Liminar concedida às fls. 314 e seguinte para o fim de determinar à COELCE que se absteresse de efetuar o corte de energia das unidades consumidoras pertencentes à administração do Município de Quixadá.

Informações prestadas às fls. 321 a 346 defendendo a possibilidade de corte do fornecimento de energia elétrica quando do inadimplemento das tarifas.

À fl. 351 a COELCE pugnou pela sua admissão na qualidade de litisconsorte passivo.

A Companhia Energética do Ceará peticionou juntando a cópia do recurso de agravo de instrumento, pugnando, junto ao magistrado processante, a realização do juízo de retratação (fls. 357/385).

Parecer do Ministério Público repousante às fls. 388/390 opinando pela concessão da segurança.

Em seguida, o Reitor do feito proferiu sentença (fls. 391 a 396) concessiva da segurança postulada, recorrendo, dessarte, de ofício.

Ofício da lavra do em. Des. João de Deus Barros Bringel comunicando a negativa de seguimento ao agravo anteriormente interposto pela COELCE (fls. 397/399).

Os impetrados, pessoas físicas, opuseram embargos declaratórios (fls. 400/406), destramados pela sentença integrativa de fls. 407/408, julgando-os improcedentes.

Inconformados, os impetrados, pessoas físicas, interpuseram recurso de apelação cível (fls. 413/427), pugnando pela reforma total dos atos judiciais meritórios, repetindo, ao mais, argumentação similar à desenvolvida quando do oferecimento das informações.

Contrarrazões às fls. 434 a 450 defendendo a manutenção da sentença vergastada, consoante argumentos análogos aos constantes da impetração.

Remetidos os autos a este egrégio Tribunal de Justiça, foi designado relator (fl. 478) o em. Des. João de Deus Barros Bringel, que determinou a abertura de vista à douta Procuradoria Geral de Justiça, cujo opinativo (fls. 474/476) é pela manutenção da sentença *a quo*.

Submetidos a nova distribuição, coube-me exercer o *munus* relatorial.

É o relato.

VOTO

Antes de adentrar na seara meritória, impende verificar se os requisitos intrínsecos e extrínsecos de admissibilidade recursal restaram atendidos.

Os fólios tratam de mandado de segurançaaviado em face do Gerente da COELCE em Quixadá, Rizonaldo Alves Paes, e do Chefe do Departamento de Clientes Oficiais, Reginaldo Ferreira, representantes da concessionária de serviço público essencial e que formularam as informações previstas em lei (fls. 321/346).

Segundo lecionam Hely Lopes Meirelles, em recente obra atualizada pelos juristas Arnoldo Wald e Gilmar Ferreira Mendes, “ato de autoridade é toda manifestação ou omissão do Poder Público ou de seus delegados, no desempenho de suas funções ou a pretexto de exercê-las. Por autoridade, entende-se a pessoa física investida de poder de decisão dentro da esfera de competência que lhe é

atribuída pela norma legal” (Mandado de Segurança e Ações Constitucionais, Editora Malheiros, 32ª edição, São Paulo, 2009, pgs. 30/31).

A Súmula nº 510 do Supremo Tribunal Federal estipula que: “*praticado o ato por autoridade, no exercício de competência delegada, contra ela cabe o mandado de segurança ou a medida judicial*”.

Portanto, a autoridade pública ou delegada que pratica o ato administrativo acoimado de ilegal e abusivo constitui o pólo passivo do *writ*, cabendo-lhe prestar e subscrever pessoalmente as informações requisitadas, atender às requisições do juízo e cumprir o determinado com caráter mandamental na liminar ou na sentença.

Não possuíam, dessarte, as autoridades coatoras, legitimidade para ajuizar recursos em face das decisões judiciais proferidas em sede de mandado de segurança, consoante entendimento consagrado quando da vigência da Lei nº 1.533/1951, considerando-se que o prazo recursal iniciou-se sob os auspícios da anterior lei do mandado de segurança.

Veja-se o entendimento presente na doutrina de Leonardo José Carneiro da Cunha (A Fazenda Pública em Juízo, editora Dialética, 6ª edição, São Paulo, 2008, pg. 403):

A autoridade pública, presente em juízo sem estar representada por procurador ou por advogado, cinge-se a prestar informações e, no caso de ser concedida a liminar ou a segurança, a cumprir a determinação judicial. Enfim, a autoridade apresenta-se no processo para prestar informações, não adotando mais qualquer outra medida processual. Em outras palavras, a autoridade presta informações e sai de cena, vindo a atuar, a partir daí, a própria pessoa jurídica a cujos quadros pertence a autoridade.

Ora, é cediço que a autoridade apontada como coatora não detém legitimidade para recorrer no mandado de segurança. O recurso é interposto pela pessoa jurídica da qual faz parte a autoridade. Nesse caso, a pessoa jurídica não se apresenta como um terceiro que intervém no feito para interpor o recurso. Na verdade, a autoridade, no mandado de segurança, é a pessoa jurídica presente em juízo, ou seja, ela, na linguagem de Pontes de Miranda, representa a pessoa jurídica. Significa que a pessoa jurídica está no processo, desde o início, na pessoa da autoridade, cuja função é, apenas, prestar informações. Nos recursos, como já se acentuou, quem figura como recorrente ou recorrido é a pessoa jurídica de cujos quadros faz parte a autoridade.

Neste sentido, a jurisprudência das Cortes Uniformizadoras Constitucional e Infraconstitucional, senão vejamos as seguintes transcrições:

MANDADO DE SEGURANÇA. LEGITIMIDADE PARA RECORRER.

- O coator é notificado para prestar informações. Não tem ele legitimidade para recorrer da decisão deferitória do “mandamus”. A Legitimação cabe ao representante da pessoa jurídica interessada. (RE 97282, Relator Min. SOARES MUNOZ, Primeira Turma, DJ 24-09-1982 PP-09446 Ement Vol-01268-02 PP-00618 RTJ VOL-00105-01 PP-00404)

RECURSO EXTRAORDINÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA. AUTORIDADE COATORA. ILEGITIMIDADE PARA INTERPOR RECURSO EXTRAORDINÁRIO. JUIZ AUDITOR MILITAR. PROMOÇÃO PARA O TRIBUNAL DE JUSTIÇA ESTADUAL. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO DO TEMA CONSTITUCIONAL. OFENSA REFLEXA À CARTA MAGNA.

1. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal é no sentido de que a pessoa jurídica de direito público a que pertence a autoridade ou o órgão tido como coator é o sujeito passivo do mandado de segurança, razão por que é ele o único legitimado para recorrer da decisão que defere a ordem.

2. Não se encontram prequestionados os arts. 5º, XXXV, XXXVI, LXIX e LXXI, 93, I, II e III, da Constituição Federal, invocados na petição de apelo extremo, pois não foram apreciados no acórdão recorrido, e, embora suscitados na petição dos embargos de declaração, não foram apresentadas contra-razões ao recurso ordinário em mandado de segurança, momento em que poderiam ter sido oportunamente apontados, não se prestando os declaratórios a inovar matéria constitucional estranha aos autos, como tem reiteradamente decidido esta Corte.

3. De outra parte, o Superior Tribunal de Justiça acolheu a pretensão da impetrante a partir da exegese do Código de Organização e Divisão Judiciária do Estado de Mato Grosso do Sul (Lei estadual 1.511/94) e de dispositivos da Lei Orgânica da Magistratura Nacional - LOMAN, o que implica dizer que suposta infringência ao texto constitucional, acaso existente, seria indireta ou reflexa, cujo exame não tem lugar na sede extraordinária.

4. Agravos regimentais improvidos. (RE 412430 AgR, Relatora Min. ELLEN GRACIE, Segunda Turma, DJ 17-03-2006 PP-00040 EMENT VOL-02225-04 PP-00731)

MANDADO DE SEGURANÇA. AUTORIDADE COATORA. ILEGITIMIDADE PARA INTERPOR RECURSO EXTRAORDINÁRIO.

A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal é no sentido de que a pessoa jurídica de direito público a que pertence a autoridade ou

o órgão tido como coator, é o sujeito passivo do mandado de segurança, razão por que é ele o único legitimado para recorrer da decisão que defere a ordem.

Agravo regimental improvido. (RE 233319 AgR, Relatora Min. ELLEN GRACIE, Segunda Turma, DJ 12-09-2003 PP-00043 EMENT VOL-02123-03 PP-00524)

AGRAVOS REGIMENTAIS. MANDADO DE SEGURANÇA. TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DA PARAÍBA. ILEGITIMIDADE RECURSAL. PRECEDENTES. RECURSO QUE NÃO IMPUGNA OS FUNDAMENTOS DA DECISÃO AGRAVADA. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 182/STJ. VIOLAÇÃO DO ART. 535 DO CPC. NÃO OCORRÊNCIA.

1. Predomina na doutrina e na jurisprudência deste Superior Tribunal de Justiça o entendimento de que o sujeito passivo no mandado de segurança é a pessoa jurídica a qual se vincula a autoridade impetrada ou o órgão apontado como coator.

2. O Tribunal de Contas do Estado da Paraíba não tem personalidade jurídica própria, mas é órgão que integra a estrutura do Estado da Paraíba, razão pela qual não tem legitimidade para recorrer de acórdão concessivo de segurança.

3. É inviável o agravo regimental que não impugna especificamente os fundamentos da decisão agravada. Aplicação do disposto na Súmula 182/STJ.

4. De acordo com o art. 535 do CPC, os embargos declaratórios são cabíveis nas hipóteses de haver omissão, contradição ou obscuridade na decisão prolatada. Não pode tal meio de impugnação ser utilizado como forma de se insurgir quanto à matéria de fundo, quando esta foi devidamente debatida no acórdão embargado.

5. Agravo regimental do Tribunal de Contas do Estado da Paraíba não conhecido e Agravo regimental de Oscar Mamede Santiago Melo conhecido em parte e improvido. (AgRg no REsp 866.327/PB, Rel. Min. MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, Sexta Turma, DJe 13/04/2009)

Interposta a apelação pelas autoridades coatoras, pessoas físicas, entendo descumprido o requisito da legitimidade *ad recursum*, razão pela qual não se conhece do recurso voluntário.

Passa-se, na oportunidade, à análise do recurso *ex-officio*.

A *vexata quaestio juris* diz respeito à possibilidade de corte ou suspensão no fornecimento de energia elétrica, serviço público essencial, quando do inadimplemento do obrigação que assiste ao usuário.

O artigo 6º, §3º, inciso II, da Lei nº 8.987/1995 disciplina a matéria, *verbis*:

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

§ 3º Não se caracteriza como descontinuidade do serviço a sua interrupção em situação de emergência ou após prévio aviso, quando:

.....

II - por inadimplemento do usuário, considerado o interesse da coletividade.

Todavia, o usuário do serviço público objeto de concessão pública é o Município de Quixadá, Ente federativo dotado de competências constitucionais estabelecidas nos artigos 23 e 30 da Carta Republicana, cabendo-lhe manter o atendimento à população por meio de vasta rede social, dotada de escolas, creches, hospitais, pronto-socorros, gabinete do Prefeito, segurança pública, Poder Legislativo local, dentre outros.

Estas unidades públicas essenciais não podem ter o fornecimento de energia elétrica suspenso, sob pena de causar grave lesão aos munícipes, especialmente quando se coteja o risco iminente à sobrevivência, à saúde, à educação e à segurança pública da população, objetos jurídicos preservados pela legislação e pela jurisprudência.

Por oportuno, transcreve-se excertos emanados do Superior Tribunal de Justiça, com especial destaque aos trechos em negrito:

AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ESPECIAL. ADMINISTRATIVO. CORTE DO FORNECIMENTO DE ENERGIA ELÉTRICA. SERVIÇOS ESSENCIAIS. SÚMULA 7/STJ.

1. A concessionária pode interromper o fornecimento de energia elétrica se, após aviso prévio, o consumidor de energia elétrica permanecer inadimplente no pagamento da respectiva conta (Lei nº 8.987/95, art. 6º, § 3º, II). Precedente da 1ª Seção: REsp nº 363.943/MG, DJ 01.03.2004.

2. *In casu*, assentou o Tribunal de origem, *in verbis*: “Como visto, a sentença recorrida, longe de afastar qualquer responsabilidade do Município impetrante, no tocante ao pagamento dos débitos eventualmente decorrentes do fornecimento de energia elétrica, determinou, apenas, que a autoridade impetrada se abstenha de suspender o referido fornecimento, em relação, tão-somente, aos serviços essenciais por ele prestados, quais sejam aqueles voltados para a saúde, educação e segurança pública, sem prejuízo da sua cobrança, lançando mão, para essa finalidade, dos meios legais necessários, com observância, sempre, da garantia constitucional insculpida no art. 5º, inciso LV, da nossa Carta Magna.” (fls. 830)

3. O art. 6º, § 3º, inciso II, da Lei nº. 8.987/95 estabelece que é possível o corte do fornecimento de energia desde que considerado o interesse da coletividade, desde que não aconteça indiscriminadamente, preservando-se as unidades públicas essenciais, como hospitais, pronto-socorros, escolas e creches. Precedentes: REsp 876.723/PR, DJ 05.02.2007; REsp 654.818/RJ, DJ 19.10.2006 .

4. O Recurso Especial não é servil ao exame de questões que demandam o revolvimento do contexto fático-probatório dos autos, em face do óbice contido na Súmula 07/STJ, máxime quando há conclusão do Tribunal de origem acerca da existência de serviços essenciais em face do consumidor.

5. Agravo Regimental desprovido. (AgRg no REsp 1046236/PA, Rel. Min. LUIZ FUX, Primeira Turma, DJe 19/02/2009)

ADMINISTRATIVO – SUSPENSÃO DO FORNECIMENTO DE ENERGIA ELÉTRICA DO MUNICÍPIO – FALTA DE PAGAMENTO.

1. É lícita a interrupção do fornecimento de energia elétrica se, após aviso prévio, o Município não quita sua dívida junto à concessionária de serviço público. Contudo, o corte não pode ocorrer de maneira indiscriminada, de forma a colocar em risco o interesse público.

2. Impossibilidade do corte para a sede da prefeitura, o posto de saúde e o cemitério público do Município.

3. Recurso especial não-provido. (REsp 734.440/RN, Rel. Min. MAURO CAMPBELL MARQUES, 2ª Turma, DJe 22/08/2008)

Por outro lado, verifica-se no caso concreto que a concessionária não pode utilizar da possibilidade de corte ou suspensão do fornecimento como meio coercitivo ao pagamento da obrigação que compete ao consumidor, aplicando-se, ainda, as disposições protetivas constantes do código consumerista, tal como reconhecido pelo MM. Juiz sentenciante às fls. 394/396, em estreita consonância com o entendimento jurisprudencial da Corte Uniformizadora Infraconstitucional:

PROCESSO CIVIL. ADMINISTRATIVO. ÁGUA. MUNICÍPIO. CORTE NO FORNECIMENTO. INADIMPLEMENTO. DÉBITOS ANTIGOS. IMPOSSIBILIDADE. DISSÍDIO PRETORIANO NÃO DEMONSTRADO.

1. É indevido o corte do fornecimento de água ou de energia elétrica quando o inadimplemento do consumidor (pessoa física ou jurídica de direito privado ou pessoa jurídica de direito público) advém de contas de consumo relativas a débitos antigos e consolidados, os quais devem ser reivindicados pelas concessionárias pelas vias ordinárias de cobrança, sob pena de infringir o disposto no art. 42 do Código de Defesa do Consumidor, de seguinte teor: “Na cobrança de débitos, o consumidor inadimplente não será exposto a ridículo,

nem será submetido a qualquer tipo de constrangimento ou ameaça”.

2. Para que reste demonstrado o dissenso pretoriano, faz-se necessário apontar as peculiaridades juridicamente relevantes ao caso e demonstrar que o suporte fático do acórdão recorrido guarda similitude com o dos paradigmas.

3. Recurso especial conhecido em parte e não provido. (REsp 963.417/MG, Rel. Min. CASTRO MEIRA, Segunda Turma, DJ 25/09/2007 p. 229)

ADMINISTRATIVO. ÁGUA. FORNECIMENTO. CORTE. ART. 6º, § 3º, II, DA LEI Nº 8.987/95. LEGALIDADE. DÉBITOS ANTIGOS.

1. O princípio da continuidade do serviço público, assegurado pelo art. 22 do Código de Defesa do Consumidor, deve ser obtemperado, ante a regra do art. 6º, § 3º, II, da Lei nº 8.987/95, que prevê a possibilidade de interrupção do fornecimento de água quando, após aviso, permanecer inadimplente o usuário, considerado o interesse da coletividade. Precedentes de ambas as Turmas de Direito Público.

2. É indevido o corte do fornecimento de serviço público essencial, seja de água ou de energia elétrica, nos casos em que se trata de cobrança de débitos antigos e consolidados, os quais devem ser reivindicados pelas concessionárias pelas vias ordinárias de cobrança, sob pena de infringir o disposto no art. 42 do Código de Defesa do Consumidor, de seguinte teor: “Na cobrança de débitos, o consumidor inadimplente não será exposto a ridículo, nem será submetido a qualquer tipo de constrangimento ou ameaça”.

3. Recurso especial improvido. (REsp 888288/RS, Rel. Min. CASTRO MEIRA, Segunda Turma, DJ 26/04/2007 p. 238)

Na espécie, as contas de fornecimento de energia elétrica em atraso são remanescentes da gestão municipal anterior e pretéritas ao ajuizamento da lide mandamental, como se depreende das cópias documentais de fls. 30/35, estando consolidadas, não justificando a adoção da medida extrema da suspensão do fornecimento de energia elétrica, cabendo à concessionária de suprimento de força adotar os meios judiciais hábeis à cobrança dos débitos em atraso.

Isto posto, em consonância parcial com o douto opinativo da Procuradoria Geral de Justiça, não se conhece do recurso voluntário. Remessa obrigatória conhecida, todavia para negar-lhe provimento, mantendo-se incólume a r. Sentença *a quo*.

É como voto.

Fortaleza, 11 de novembro de 2009.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 2002.0007.3405-2/1
REMETENTE: JUIZ DE DIREITO DA 2ª VARA DA COMARCA DE MARANGUAPE
EMBARGANTE: JUBAIA AGROPECUÁRIA LTDA
EMBARGADOS: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL E LAUCILENE FERREIRA DE ARAÚJO
RELATOR: DES. ADEMAR MENDES BEZERRA

EMENTA: PROCESSUAL CIVIL. EXECUÇÃO FISCAL. INSS. ARREMATAÇÃO DE BEM IMÓVEL. PREÇO VIL. EMBARGOS. ANULAÇÃO DA ARREMATAÇÃO. RECURSO EX-OFFICIO. COMPETÊNCIA JURISDICCIONAL DO TRF DA 5ª REGIÃO.

I – Compete aos juízos estaduais das comarcas que não forem sede de varas da Justiça Federal o processamento e o julgamento das execuções fiscais aforadas pelo INSS, assim como das causas que lhe forem conexas.

II – Inteligência do art. 109, § 3º, da CF/1988 em combinação com o art. 15, I, da Lei nº 5.010/1966.

III – Todavia, cabe ao Tribunal Regional Federal conhecer e julgar os recursos interpostos contra decisões interlocutórias e sentenças proferidas pelo juízo estadual em sede de jurisdição federal delegada.

Competência recursal declinada em favor do Tribunal Regional Federal da Quinta Região.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de remessa necessária nº 2002.0007.3405-2/1, 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, em declinar da competência recursal em favor do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, na conformidade do voto do relator.

Fortaleza, 11 de novembro de 2009.

RELATÓRIO

Cuida-se de reexame necessário suscitado pelo Juízo de Direito da 2ª Vara da comarca de Maranguape, submetendo ao Tribunal *ad quem* a sentença de fls. 30/33, proferida em sede de embargos à arrematação opostos por Jubaia Agropecuária S/A contra o Instituto Nacional do Seguro Social e Lucilene Ferreira de Araújo.

Em sede de execução fiscal, o Instituto Nacional do Seguro Social pretende haver o pagamento de contribuições previdenciárias devidas pela sociedade empresarial Jubaia Agropecuária S/A, no montante inicial de R\$ 5.125,06 (cinco mil, cento e vinte e cinco reais e seis centavos), devidamente inscrito na Dívida Ativa sob o nº 31.587.065-6, em valor histórico retroativo a março de 1996.

Devidamente citada (fl. 07-verso), a executada, por meio do seu representante legal, exarou nota de ciência, procedendo, o meirinho, ao auto de penhora e depósito particular (fl. 08).

Mandado de avaliação cumprido em 30/12/1999 (fl. 11), nos termos do laudo de fl. 12, estimando o imóvel penhorado em R\$ 42.350,00 (quarenta e dois mil, trezentos e cinquenta reais), devidamente registrado na matrícula imobiliária (fl. 20 e verso).

O exequente pugnou pela expedição de edital de leilão público para a alienação do imóvel penhorado e das suas benfeitorias, assim como pela intimação dos executados (fls. 29/30).

Edital de praça publicado no Diária da Justiça estadual (fls. 34 e 37). Intimações dos devedores não efetivadas (fl. 39). Intimado o credor hipotecário.

Petição do INSS declarando-se credor da quantia de R\$ 18.151,08 (dezoito mil, cento e cinquenta e um reais e oito centavos), retroativa a novembro de 2001 (fls. 40/42).

Realizada a primeira praça, não apareceu nenhum arrematante (fls. 44/45). Em segunda praça, o bem foi arrematado por quinze mil reais (fl. 49 e fl. 51 e verso), não efetivando, o arrematante, o depósito da quantia respectiva, consoante certidões de fls. 50 e 52. Concedido novo prazo, por força do pedido formulado pelo INSS (fl. 53), o arrematante deixou transcórrer, *in albis*, a oportunidade de efetivar o depósito do valor do bem.

A arrematação foi, então, desfeita nos termos da decisão de fls. 57 e 52, com amparo no art. 694, § único, inc. II, do CPC.

A autarquia exequente postulou pela expedição de novo edital de leilão para a alienação do bem imóvel penhorado e de suas benfeitorias (fls. 63 e seguinte), seguindo-se da publicação dos atos processuais cabíveis (fls. 66/67, 68, 69, 70 e 75).

Não houve arrematação em primeira praça (fl. 74), encontrando, todavia, lance vencedor em 2ª praça, efetivando-se a arrematação do imóvel em favor de Laucilene Ferreira de Araújo, consoante certidão de fl. 76 e verso e do auto de fl. 78 e verso, pelo valor de R\$ 15.000,00, depositado judicialmente por meio da guia de fl. 82.

A exequente pediu vista dos autos para o fim de apresentar embargos à arrematação (fl. 83), fato este que se concretizou por meio da peça de fls. 02/04 dos autos apensos.

A embargante argüiu, em síntese, que o valor da arrematação do imóvel penhorado corresponde a trinta e cinco por cento da avaliação procedida por Oficial de Justiça, considerando, portanto, preço vil, nos termos do art. 692 do Código de Processo Civil. Requereu a procedência dos embargos para declarar nula a arrematação.

Impugnação aos embargos oferecida pelo INSS às fls. 13 a 19, alegando a intempestividade da oposição da resistência à arrematação, defendendo que não ocorreu por preço vil.

Decisum proferido à fl. 20 considerando tempestivos os embargos e anunciando o julgamento antecipado da lide.

Não houve recurso.

Destramando o feito, a Juíza processante proferiu sentença às fls. 30/33 julgando procedentes os embargos opostos para o fim de declarar nula a arrematação ante a constatação de que se procedeu por preço vil. Condenou o embargado ao pagamento de honorários advocatícios no importe de dez por cento sobre o valor da causa e à satisfação das custas, sujeitando, ainda, a sentença ao duplo grau de jurisdição.

A embargada Laucilene Ferreira de Araújo requereu o levantamento do valor recolhido por força da arrematação (fl. 35), procedendo-se nos termos da guia acostada à fl. 95 dos autos de execução fiscal.

Remetidos ao Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, fui sorteado Relator.

Parecer da douta PGJ opinando pela desnecessidade de intervenção do *Parquet* em sede de execução fiscal (fls. 60 e 61).

É o relatório.

Inicialmente, cumpre verificar a competência desta Corte de Justiça para o julgamento do reexame necessário suscitado pelo Juízo sentenciante.

A Constituição Federal, no seu art. 109, § 3º, previu a delegação excepcional de competência para possibilitar o processamento e o julgamento, pela Justiça estadual, de causas em que forem parte instituição de previdência social e segurado ou beneficiário, sempre que a comarca não seja sede de vara do juízo federal, permitindo-se, por lei, que outras causas também tenham curso perante a jurisdição estadual.

É o que ocorre com as execuções fiscais aforadas pelo INSS com a finalidade de haver o pagamento das contribuições previdenciárias devidas pelo ora embargante, *ex vi* do art. 15, I, da Lei nº 5.010/1966.

Todavia, o julgamento do recurso, voluntário ou *ex-officio*, caberá ao Tribunal Regional Federal da área de jurisdição do Juízo sentenciante.

É o que se depreende da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, de acordo com os arestos a seguir colacionados, *verbis*:

PROCESSUAL CIVIL – CONFLITO DE COMPETÊNCIA – EXECUÇÃO FISCAL AJUIZADA PELO INSS EM FORO QUE NÃO POSSUI SEDE DE VARA FEDERAL – COMPETÊNCIA DELEGADA DO JUÍZO DE DIREITO – COMPETÊNCIA RECURSAL DO TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL.

1. Nos termos do art. 109, §3º, da CF/88 e do art. 15, I, da Lei 5.010/66, a competência para processar e julgar execução fiscal movida pela União ou suas autarquias contra executado domiciliado em Comarca que não possua sede de Vara Federal, é da Justiça Estadual.

2. Compete ao respectivo Tribunal Regional Federal conhecer de recurso interposto contra decisão proferida por Juiz Estadual investido de competência delegada federal. Interpretação a contrario sensu da Súmula 55/STJ.

3. Conflito conhecido para declarar competente o Juízo de Direito da 3ª Vara Cível da Comarca de Barra Mansa/RJ, terceiro estranho ao conflito. (CC 56.914/RJ, Rel. Ministra ELIANA CALMON, PRIMEIRA SEÇÃO, DJ 09/04/2007 p. 219)

CONFLITO DE COMPETÊNCIA. CONCURSO DE PREFERÊNCIA APRESENTADO INCIDENTALMENTE À EXECUÇÃO FISCAL. JULGAMENTO POR JUIZ ESTADUAL INVESTIDO DE JURISDIÇÃO FEDERAL (CF, ART. 109, § 3º). INTERPOSIÇÃO DE APELAÇÃO. COMPETÊNCIA DO

TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL. ART. 109, § 4º, DA CF. SÚMULA 55/STJ. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA ESTADUAL.

1. Na linha de orientação desta Corte Superior, o Juízo no qual tramita a execução é o competente para apreciar os incidentes relativos ao processo executivo, inclusive o concurso de credores. Assim, o d. Juízo de Direito que preside a ação de execução fiscal, investido de jurisdição federal em decorrência do art. 109, § 3º, da Constituição Federal, também é competente para a análise do concurso de preferência. Precedentes.

2. Conseqüentemente, em hipóteses tais cabe ao Tribunal Regional Federal reexaminar, em grau de recurso, as decisões proferidas pelo Juízo Estadual, nos termos do art. 109, § 4º, da Carta Magna (*mutatis mutandis*, o enunciado da Súmula 55/STJ: “Tribunal Regional Federal não é competente para julgar recurso de decisão proferida por juiz estadual não investido de jurisdição federal”).

3. Conflito conhecido para se declarar a competência do Tribunal Regional Federal da 1ª Região, o suscitante. (CC 45136/MG, Rel. Ministra DENISE ARRUDA, PRIMEIRA SEÇÃO, DJ 27/03/2006 p. 137)

In casu, o Juízo estadual da 2ª Vara da comarca de Maranguape exerceu jurisdição federal delegada para o fim de processar a execução fiscal aforada em face da ora embargante, como, também, para processar e julgar os embargos à arrematação propostos pela sociedade empresarial Jubaia Agropecuária S/A.

Entretantes, ao determinar a submissão do decreto sentencial ao duplo grau de jurisdição obrigatório, segundo a norma processual da época, cabia ao juízo sentenciante encaminhar os autos ao Tribunal Regional Federal da Quinta Região e não ao Tribunal de Justiça do Estado do Ceará.

Tratando a competência recursal de questão de ordem pública, possível o seu reconhecimento *ex-officio*.

Isto posto, declina-se da competência para processar e julgar o reexame obrigatório ante o reconhecimento da competência do eg. Tribunal Regional Federal da 5ª Região.

É como voto.

Fortaleza, 11 de novembro de 2009.

PROCESSO Nº 16544-22.2003.8.06.0000/0 (2003.0004.1424-2/0).

APELAÇÃO.

APELANTE: SEBASTIÃO AMADEU DE OLIVEIRA.

APELADA: LIVRARIA E PAPELARIA PEDRO I LTDA.

RELATOR: DES. FERNANDO LUIZ XIMENES ROCHA.

EMENTA: CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO RETIDO. PRINCÍPIO DA IDENTIDADE FÍSICA DO JUIZ. DANOS MORAL E MATERIAL. CHEQUE. PROTESTO. PERDA DO TALONÁRIO. AUSÊNCIA DE REGISTRO POLICIAL DA OCORRÊNCIA. AUDIÊNCIA DE INSTRUÇÃO. NÃO COMPARECIMENTO DA PARTE AUTORA E DE SEU ADVOGADO, NADA OBSTANTE INTIMADOS POR VIA POSTAL. PRESUNÇÃO DE VALIDADE. CPC, ART. 238, PARÁGRAFO ÚNICO. DISPENSA DE PROVAS REQUERIDAS. CPC, ART. 453, § 2º. CERCEAMENTO DE DEFESA NÃO CARACTERIZADO. IRRELEVÂNCIA DA PROVA TESTEMUNHAL ARROLADA PARA A SOLUÇÃO DA LIDE. CONJUNTO PROBATÓRIO BASTANTE A FUNDAMENTAR O DECISÓRIO. APURAÇÃO DA VERDADE REAL. DIREITO FUNDAMENTAL À PROVA ASSEGURADO. *PAS DES NULLITÈ SANS GRIEF*. APELO CONHECIDO E DESPROVIDO. SENTENÇA CONFIRMADA.

ACÓRDÃO

Acordam os integrantes da Primeira Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, por uma de suas Turmas, unanimemente, em conhecer e negar provimento ao recurso, de conformidade com o voto do Relator.

Fortaleza, 11 de janeiro de 2010.

RELATÓRIO

Trata-se de apelação interposta por Sebastião Amadeu de Oliveira, em face da sentença de fls. 143-148, proferida pelo Juízo da 3ª Vara Cível desta Comarca, em sede de ação de reparação de danos morais e materiais, a qual julgou improcedente o pedido, ante a “ausência de responsabilidade da requerida no que concerne a qualquer ato danoso (art. 159 do Código Civil) seja de ordem moral ou material”.

Em razões recursais de fls. 151-152, requer o apelante, preliminarmente, a apreciação do agravo retido de fls. 120-123. Ademais, assevera a nulidade do processo em face do cerceamento de defesa decorrente da dispensa, pelo Julgador, da prova testemunhal arrolada.

Aduz, ainda, que o magistrado Francisco Bezerra Cavalcante estava licenciado quando da prolação da interlocutória de fl. 117, inexistindo nos autos portaria indicando juiz de direito substituto, razão pela qual seria nulo o ato presidido por esse julgante.

Contrarrazões às fls. 154-162.

É o relatório.

VOTO

Presentes os requisitos de admissibilidade, conheço do apelo.

Insurge-se o promovente-apelante, preliminarmente, em agravo retido (fls. 120-123), da decisão interlocutória de fl. 117 que encerrou a prova do autor e colheu os depoimentos das testemunhas arroladas pela promovida.

Adversa, igualmente, o fato de a audiência de instrução ter sido levada a cabo por juiz de direito diverso do titular da vara, ausente por motivo de licença — informa o apelante —, e ainda porque inexistente nos autos portaria nomeando aquele outro para o ato.

Como sabido, em regra, as intimações são feitas às partes, a seus representantes legais e advogados por via postal, exceto disponha a lei em contrário. Essa é a dicção do art. 238, CPC, complementada pelo disposto no parágrafo único desse artigo, segundo o qual “Presumem-se válidas as comunicações e intimações dirigidas ao endereço residencial ou profissional declinado na inicial, contestação ou embargos, cumprindo às partes atualizar o respectivo endereço sempre que houver modificação temporária ou definitiva”.

Vê-se do petitório inicial residir o autor na Avenida Zezé Diogo, nº 4151, Praia do Futuro, nesta urbe. À fl. 95 consta Aviso de Recebimento (relativo a carta de intimação de audiência de conciliação, fl. 96) juntado aos autos, em que o funcionário da Empresa de Correios e Telégrafos (ECT) assinalou no campo “motivo” a opção “recusado”, escrevendo à mão “pelo destinatário”. À fl. 115, mais uma vez, observa-se do Aviso de Recebimento (da carta de intimação da parte para depoimento pessoal, fl. 112) a marcação, pelo funcionário da ECT, da opção “recusado” e a inscrição “p/ próprio” logo ao lado. À fl. 138, do mesmo modo, a devolução do AR por motivo de, após a 3ª visita do carteiro, o promovente haver “não atendido”.

A despeito disso, as três testemunhas arroladas pelo autor à fl. 105 (Higino Melo Garcia, Maria Patrícia Alves de Castro e Maria Aurília de Sousa Santos), mandadas intimar por via postal, não compareceram à audiência de instrução (antes adiada a requerimento do patrono do autor, fls. 106-107) remarcada para 17.12.2001.

O advogado do promovente foi intimado pelo *Diário da Justiça*, em 04.12.2001, p. 44.

As intimações daquelas testemunhas realizadas por via postal foram então devolvidas à Justiça, sob o motivo de, quanto à testemunha Higino Melo Garcia, estar “ausente” após realizada a 3ª visita (fl. 137); sobre a testemunha Maria Patrícia Alves de Castro, estar “ausente” após realizada a 3ª visita (fl. 140); e no tocante à testemunha Maria Aurília de Sousa Santos, ser inexistente o número de sua residência (fl. 135).

Realizada a audiência de instrução, em 17.12.2001, restaram faltantes, imotivadamente, o autor, seu advogado e as testemunhas por ele arroladas, todos feitos pelo juízo devidamente intimar. O presidente do feito, pois, aplicando o § 2º do art. 453 do CPC, dispensou a prova testemunhal do autor.

É de mencionar que a regra em nossa sistemática processual civil, após a Lei nº 8.710/1993, é a intimação prioritariamente postal. Além do mais, verifica-se que a sentença (fls. 143-148) não levou em consideração as declarações das testemunhas arroladas pela parte promovida para a solução do litígio, justamente porque o objeto da presente demanda basta-se na apreciação das provas documentais. O recorrente tampouco demonstrou em que a não oitiva de suas testemunhas acarretou-lhe prejuízo ou mesmo em que elas seriam imprescindíveis para o convencimento do Julgador.

Conquanto entenda que o dispositivo em comento (art. 453, CPC) tenha de ser aplicado com ponderação, a fim de não se converter em sanção ou

cerceamento de defesa a quaisquer dos oponentes, no caso concreto não se deu prejuízo algum às garantias processuais insculpidas em lei.

Por fim, no que respeita à assertiva de vulneração ao princípio da identidade física do juiz, por ausência nos autos da respectiva portaria que designou o magistrado que presidiu a instrução a substituir o que conduzia o feito, por motivo de licença desse, consoante argui o suplicante, melhor sorte não lhe assiste nesta assertiva.

A majoritária doutrina e a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça se têm pronunciado amplamente sobre o tema em tablado. Segundo dicção do art. 132 do CPC, “o juiz, titular ou substituto, que concluir a audiência julgará a lide, salvo se estiver convocado, **licenciado, afastado por qualquer motivo**, promovido ou aposentado, casos em que passará os autos ao seu sucessor”.

No caso em tela, o Magistrado Manoel Cefas F. Tomaz, que concluiu a instrução, foi designado para substituir o titular da Vara, Juiz Francisco Bezerra Cavalcante, por motivo de licença do titular — assim mesmo foi o que relatou o recorrente. Após, foi a titularidade da 3ª Vara Cível passada ao Juiz Cid Peixoto do Amaral Neto, que prolatou a sentença. Não está configurada, pois, ofensa ao dispositivo citado, tendo em vista que: (a) a hipótese dos autos se encaixa nas exceções previstas no art. 132 do diploma processual; e (b) a jurisprudência do STJ se firmou no sentido de que não há falar em ofensa ao princípio da identidade física do juiz na hipótese de inexistir prejuízo para a parte.

Razão não existe para a irrisignação do recorrente nesse ponto, pois este mencionou ter conhecimento da licença do Juiz titular, não externando prejuízo algum o só fato de não haver sido colacionada aos fólios a portaria que designou o substituto.

Nesse sentido:

Não havendo prejuízo na prolação da decisão por outro órgão jurisdicional, todavia, não é de ser reconhecida a invalidade da sentença (STJ, REsp 786.150/RJ, rel. Min. Francisco Falcão, 1ª T., j. 21.03.2006, DJ 10.04.2006, p. 150).

Conhecido o agravo retido e apreciadas as questões nele aventadas, nego-lhe provimento.

Passo a analisar o mérito do apelo.

Versa o petitório inicial sobre requerimento de indenização por danos morais e materiais, porquanto o promovente, havendo perdido seus pertences,

entre os quais um talão de cheques do Banco do Brasil S.A., teve um dos títulos (nº 521199, datado de 13.01.1995, no valor de R\$ 255,00 — duzentos e cinquenta e cinco reais — fl. 18) levado a protesto em 15.08.1995 pela Livraria e Papelaria Pedro I Ltda., bem como aduz ter tido seus dados negativados perante a SERASA, o que veio a saber quando compareceu ao Banco a fim de solicitar um financiamento, motivo pelo qual postula ressarcimento no montante de cem mil reais (R\$ 100.000,00).

O apelante não fez juntar aos fólios, a fim de comprovar suas asserções, o boletim de ocorrência que afirma haver registrado na Delegacia do 15º Distrito Policial acerca da perda do citado talão de cheques.

Inexiste, igualmente, no caderno processual prova de que haja sido dada “contra ordem” de pagamento ao Banco do Brasil no que concerne ao título levado a protesto pela ré (cheque nº 521199).

Verifica-se, à fl. 43, comunicação da SERASA de que “nada consta” em nome de Sebastião Amadeu de Oliveira, CPF 043.064.733-68, no banco de dados daquela instituição.

Revelam os autos, à fl. 74, em documento da lavra da apelada (declaração), que o autor liquidou o cheque no valor de R\$ 255,00 (duzentos e cinquenta e cinco reais).

Ressente-se o processo, também, de prova de que o autor haja requerido e de que lhe tenha sido negado pelo Banco, em decorrência do protesto da cártula, o citado financiamento.

As únicas duas testemunhas oitivadas em Juízo às fls. 118 e 119, arroladas pela promovida, com efeito, nada acrescentaram de molde a solucionar o tema em exame, isto é, o proclamado dano moral e material pretensamente advindo do indevido protesto do cheque pela promovida.

Preceitua o inciso I do art. 188 do Código Civil: Não constituem atos ilícitos os praticados em legítima defesa ou no **exercício regular de um direito reconhecido**.

Demonstrado está nos fólios, pois, que a promovida não deu azo ao suscitado dano moral e material afirmado pelo autor. Afinal, o apelante assere que ele próprio teve extraviado o talão de cheques e, nada obstante argumentar que notificou à polícia e ao banco do infausto acontecimento, carece o caderno processual dos respectivos boletim de ocorrência e da notificação de contra ordem de pagamento à instituição financeira.

Não há, *in casu*, pressuposto para a caracterização da responsabilidade civil por parte da recorrida.

Como sabido, a responsabilidade civil tem seu fundamento no fato de que ninguém pode lesar interesse ou direito de outrem. É regra insculpida no art. 927 do Código Civil: “aquele que, por ato ilícito (artigos 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo” e segue em seu parágrafo único “haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos específicos em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem”.

Por conseguinte, a ideia de responsabilidade civil vem do princípio de que aquele que causar dano a outra pessoa, seja ele moral ou material, deverá restabelecer o bem ao estado em que se encontrava antes do seu ato danoso, e, caso o restabelecimento não seja possível, deverá compensar aquele que sofreu o dano.

Como visto, o mesmo Estatuto Civil institui exceção à regra geral da responsabilidade civil: atos praticados em (a) legítima defesa e (b) no exercício regular de um direito reconhecido, que são considerados lícitos pelo ordenamento jurídico.

Portanto, não caracterizada a culpa (ação ou omissão) da ré e não demonstrado o nexo de causalidade entre o suposto dano e o pretense ato ilícito, inviável é admitir a responsabilização e o ressarcimento, pois os autos não exibem elementos suficientes para afastar a exigibilidade do título.

As alegações do apelada são plausíveis. Emitido o cheque e devolvido por falta de fundos, justifica-se o aponte a protesto. Vale salientar, ainda, que o cheque é título autônomo, literal e abstrato. É ordem de pagamento à vista. Para sua desqualificação, devem ser demonstrados vícios de origem, que não restaram minimamente comprovados. Gize-se que o recorrente alegou — mas não comprovou — qualquer fato ilícito que desqualificasse o título (perda, extravio, furto, roubo ou apropriação indébita).

Válido o título, diante do inadimplemento o protesto do cheque se mostra lícito. Logo, não há falar em nulidade do título e tampouco em indenização por danos morais. Tampouco fez provar o autor quais danos materiais haveria padecido diante do evento narrado nos autos.

Do exposto, conheço e nego provimento ao apelo.
É como voto.

PROCESSO Nº 2003.0009.8950-4/0. APELAÇÃO.
APELANTE: EMPRESA JORNALÍSTICA O POVO LTDA.
APELADO: CLÁUDIO ADALBERTO ADÃO.
RELATOR: DES. FERNANDO LUIZ XIMENES ROCHA.

EMENTA: CONSTITUCIONAL. CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. LIBERDADE DE EXPRESSÃO E CRÍTICA. AUSÊNCIA DE ÂNIMO INFAMANTE. RESPONSABILIDADE CIVIL. DANO MORAL NÃO CARACTERIZADO. INDENIZAÇÃO INDEVIDA. SENTENÇA REFORMADA.

1. A crítica jornalística é fruto da liberdade de expressão e não há de ser necessariamente comedida. O uso de locução de significado desabonador, mas que possua também outros sentidos, não pode ensejar condenação por danos morais, sem o exame do contexto em que fora apresentada, no qual não se vislumbra ânimo de injuriar, difamar ou denegrir a imagem de pretense ofendido.

2. O excesso de suscetibilidade por parte do criticado não deve encontrar guarida no Judiciário.

3. Em uma sociedade democrática é preciso conviver com a crítica. Aceitá-la naturalmente é sinal de maturidade e hignidez social. O que deve ser afastado é o caráter depreciativo ou a violência de sua manifestação.

4. Recurso conhecido e provido. Sentença reformada.

ACÓRDÃO

Acordam os integrantes da Primeira Câmara Cível, por julgamento de Turma, unanimemente, em conhecer e dar provimento ao apelo, nos termos do voto do Relator.

Fortaleza, 04 de setembro de 2009.

RELATÓRIO

Trata-se de apelação oposta por Empresa Jornalística O Povo Ltda. contra decisão do Juízo da 17ª Vara Cível da Comarca de Fortaleza (CE) que, em sede de ação de indenização por danos morais intentada por Cláudio Adalberto

Adão, com esteio em publicação pretensamente ofensiva de matéria jornalística no periódico *O Povo* — em cuja coluna diária foi aquele referido como “cara de pau” —, julgou parcialmente procedente o pedido e condenou a recorrente (fls. 63-67), por arbitramento, a indenizar o recorrido em 50 (cinquenta) salários mínimos, mais custas processuais e verba honorária em 10% (dez por cento) do valor da condenação.

Em razões recursais (fls. 70-79), assevera a recorrente estar a decisão adversada “em completo desacordo com a prova dos autos e com os textos legais atinentes à espécie”, “não existindo nenhum achincalhamento contra a pessoa do mesmo [recorrido]”, sendo “função da imprensa” “levar ao conhecimento do grande público as notícias, boas ou más, mas que protejam o cidadão e levem ao conhecimento dos mesmos, matérias de seu real interesse, até porque a matéria que serve de suporte para a presente demanda não era sigilosa ou reservada, mas sim pública”.

Aduz, ainda, não haver injúria, difamação ou calúnia nas publicações de *O Povo*, mas a simples narrativa (exposição) de fatos à sociedade, sem nenhuma pretensão aviltante. Pugna, por fim, pela reforma do julgado ou diminuição do valor do ressarcimento.

Contrarrazões às fls. 83-87.

É o relatório.

VOTO

Presentes os requisitos de admissibilidade, conheço do apelo.

Como visto, cuida-se de recurso manejado por Empresa Jornalística O Povo Ltda., condenada em primeira instância a indenizar o recorrido, por arbitramento, em 50 (cinquenta) salários mínimos, mais custas processuais e verba honorária em 10% (dez por cento) do valor da condenação, em vista de publicação pretensamente ofensiva de matéria jornalística na gazeta *O Povo*.

O autor trouxe aos fólios, com o propósito de comprovar suas alegações, recorte e cópia do citado jornal, de 16.10.2001 (fls. 08-10).

Com efeito, da publicação de fl. 08, intitulada pelo colunista de “O CARA DE PAU”, lê-se:

— Menos de um mês Cláudio Adão dirigiu o Ceará, final do campeonato, em nada ajudando ao time. Nem cheirou, nem fedeu, sua meteórica passagem por Porangabuçu. Chegou a baixar o salário para continuar no comando do time na Segundona. Foi esnobado. Agora, ei-lo cobrando 38 mil de indenização alegando não terem cumprido o que estava escrito. **É muita cara de pau.**

Embora a expressão “cara de pau” tenha significado desabonador na acepção de “sem-vergonha”, “descarado”, “sem escrúpulo”, também tem o sentido de pessoa de modos excessivamente desembaraçados, sem timidez, atilada, conforme anotam os dicionaristas.

Desse modo, não se pode condenar uma empresa jornalística a pagar indenização a quem se sente ofendido em razão de um colunista esportivo, no seu livre exercício de crítica, haver usado termos contundentes para reprovar atitude de determinado profissional, levando em conta tão somente uma das significações da expressão invocada, sem examinar o contexto.

Na hipótese em tablado, o cronista desportivo censura a cobrança de indenização de 38 mil reais efetivada pelo apelado contra o Ceará Sporting Club a pretexto de “não terem cumprido o que estava escrito”, após sua “meteórica passagem” como técnico de futebol da citada agremiação esportiva.

Ainda que a crítica combatida possa ser reputada de injusta, não vislumbro, na espécie, qualquer ânimo do jornalista por ela responsável em denegrir a imagem do recorrido, difamá-lo ou injuriá-lo, mas unicamente o de exercer sua liberdade de expressão, nos termos do art. 5º, inciso IX, c/c art. 220, todos da Constituição Federal, o fazendo sem abusar de seu direito constitucionalmente assegurado. Constato, na verdade, excesso de suscetibilidade por parte do criticado, fato que vem ocorrendo com certa frequência nas pejejas judiciais e acaba, infelizmente, por encontrar guarida no âmbito do judiciário, gerando o que se costuma chamar de “indústria do dano moral”.

Numa sociedade democrática é preciso aprender a conviver com a crítica, que não deve ser necessariamente comedida. Aceitá-la como natural, consoante adverte Guilherme Döring Cunha Pereira, é sinal de maturidade e hignidade social.¹ O que não se pode tolerar é o caráter depreciativo ou a violência de sua expressão, porém tal proceder não se verifica no caso em tablado.

Destarte, não restou demonstrado a ocorrência de dano moral a ser reparado, razão pela qual conheço e dou provimento ao apelo, para reformar a decisão recorrida e julgar improcedente a ação.

Inverto, pois, o ônus da sucumbência, fixando a verba honorária (art. 20, § 4º, CPC) em R\$ 1.000,00 (mil reais).

É como voto.

Fortaleza, 04 de setembro de 2009.

¹ Cf. *Liberdade e responsabilidade dos meios de comunicação*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 244.

APELAÇÃO CÍVEL nº. 2004.0008.4449-0/0

APELANTE(S): MÁRCIO NONATO DE AZEVEDO E ESPOSA

APELADO(A)(S): PT AGUIAR E OUTRO

Relator: Desembargador Ademar Mendes Bezerra

EMENTA: CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE REINTEGRAÇÃO DE POSSE. EXCLUSÃO DE LITISCONSORTE. ESBULHO DEMONSTRADO. EXISTÊNCIA DE COMODATO VERBAL. BENFEITORIAS PROVAVELMENTE REALIZADAS, PORÉM INCOMPROVADAS. PRAZO PARA DESOCUPAÇÃO DO IMÓVEL. SENTENÇA MANTIDA QUANTO À QUESTÃO DE FUNDO.

- Hipótese em que o conjunto probatório –, mormente no que diz respeito às testemunhas dos promovidos/apelantes e ao próprio depoimento pessoal do recorrente varão –, conduzem à assertiva de que os apelados detêm melhor posse, merecendo a reintegração, a teor do disposto nos arts. 485, 486 e 496 do Código Civil de 1916 (Novo, arts. 1.196, 1.197 e 1.207, respectivamente) c/c art. 927 do Código de Processo Civil.

- Ademais, não está em jogo o *jus possidendi* e, sim, o *jus possessionis*, tratando-se de juízo possessório, daí porque despicando falar em propriedade no caso de que se cuida, sendo certo que os réus/apelantes estiveram na posse direta do bem em litígio, a título gratuito (comodato), tendo ocorrido o esbulho devido à quebra de confiança, consubstanciada na resistência do casal em deixar o imóvel, mesmo depois de notificados para tanto.

- Situação fática que, a despeito de não restarem comprovadas benfeitorias, permite deduzir ser razoável entender-se realizadas, compensando-se com alugueres não pagos.

- Sentença parcialmente mantida para excluir-se do feito

suposta sociedade empresária, determinando-se a desocupação do imóvel em 30 (trinta) dias contados do trânsito em julgado do presente *decisum*.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de Apelação Cível nº. 2004.0009.9985-0/0, em que figuram as partes acima referidas, acordam os Desembargadores integrantes da Turma Julgadora da 2ª Câmara Cível do egrégio Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, à unanimidade, em conhecer do recurso em referência, para lhe dar parcial provimento, nos termos do voto do Relator.

Fortaleza, 3 de junho de 2009.

RELATÓRIO

Trata-se de Apelação Cível interposta por MÁRCIO NONATO DE AZEVEDO e sua esposa, ELISETE ALMIRANTE DE AZEVEDO, contra sentença (de fls. 298/307) oriunda do Juízo da 27ª Vara Cível de Fortaleza, julgando procedente o pedido inaugural – “... para ordenar que seja a parte autora reintegrada na posse do imóvel em litígio...” –, veiculado por PT AGUIAR e ESPÓLIO DE PAULO DE TARSO RODRIGUES AGUIAR.

Por sua clareza, concisão e fidedignidade, transcreve-se excerto do parecer definitivo da douta Procuradoria Geral de Justiça, tomando-o, aqui, apenas como relato parcial, *expressis verbis*:

“Aduziu a parte autora que adquiriu os direitos hereditários sobre determinado imóvel e o cedeu em comodato aos Promovidos. No entanto, denunciado o contrato por meio de notificação extrajudicial, os comodatários recusam-se a desocupar o bem. Requereu a parte autora, pelo exposto, a reintegração da posse indevidamente esbulhada.

Depoimento de testemunhas às fls. 23/24 (...).

Liminar deferida às fls. 25/26, determinando a reintegração da posse dos Demandantes.

Contestação às fls. 33/50, afirmando que o Autor jamais foi detentor da posse ou sequer houve *animus domini* com relação ao referido imóvel. Nega a ocorrência do esbulho (...). Alega que realizaram diversas benfeitorias úteis e necessárias, pelas quais requereram indenização. Requereram (outrossim) a improcedência da ação.

Réplica às fls. 100/104, reafirmando as alegações iniciais e pugnando pela procedência da demanda.

Manifestação da parte demandada às fls. 114/117, apresentando documentos que apontam como proprietário o Sr. Hermínio Tibúrcio da Silva, fato que comprovaria que ao Autor não assiste o direito de reclamar o bem.

Afirma por sua vez a parte autora, às fls. 119, que a posse, e não a propriedade do bem, é o cerne da questão em exame.

Depoimento pessoal das partes às fls. 144/147 e de testemunhas às fls. 148/151 e 171/178. Documentos apresentados pelos Promovidos às fls. 180/188.

A requerimento do Ministério Público, o magistrado decretou a nulidade de todos os atos havidos sem a participação do *Parquet*, consoante fls. 193/194 dos autos.

Retomada a fase instrutória, foram colhidos novos depoimentos das partes às fls. 219/223. Depoimentos das testemunhas às fls. 231/232, 237/238 e 247/252, 281/282.

Memoriais da parte autora às fls. 284/285 e do Promovido às fls. 286/292.

Parecer ministerial às fls. 294/296, opinando pela procedência da ação.

Sentença, às fls. 298/307, julgou procedente a demanda, ordenando a reintegração da posse do imóvel à parte autora.

Embargos declaratórios às fls. 311/313, indeferidos em decisão de fls. 319/321.

Apelação às fls. 324/332, reafirmando a argumentação esposada ao longo da instrução processual. Contra razões às fls. 339, pela manutenção integral da sentença guerreada.”

Acrescentem-se as tentativas frustradas de conciliação de fls. 370, 375 e 384, bem como o despacho de fls. 391/392, determinando, na forma do art. 515, § 4º do CPC, a intimação dos apelados “... para juntar os atos constitutivos ou contrato social que comprove a titularidade e representação do sujeito processual PT AGUIAR...”, sem que nada tenha sido requerido ou apresentado pelos recorridos, conforme certidão de fl. 395.

Enfim, parecer da PGJ (fls. 401/412), no sentido do desprovimento do apelo.

É o relatório, no que há de essencial.

VOTO

Senhor(a) Presidente, de início, deve ser excluído do feito o litisconsorte ativo PT AGUIAR, conquanto não haja cumprido o disposto no art. 12, VI da Lei Adjetiva Civil, que assim dispõe:

“Art. 12. Serão representados em juízo, ativa e passivamente:
VI - as pessoas jurídicas, **por quem os respectivos estatutos designarem**, ou, não os designando, por seus diretores;
(...)” (Grifou-se).

No caso em tablado, embora se tenha utilizado de uma firma, como nome empresarial, dêis que baseada no nome civil do falecido Paulo de Tarso Rodrigues Aguiar, não foi exibida cópia da inscrição individual no Registro competente, o que comprovaria o exercício individual de empresa.

Assim, como Paulo de Tarso (empresário) figurou na petição inicial, embora já estivesse morto, pairava fundada dúvida de que PT AGUIAR se tratasse, em verdade, de sociedade empresária.

Para dirimir a dúvida, o MM. Juiz “a quo” poderia ter aplicado o art. 13 c/c art. 283, ambos do Código Buzaid, que rezam o seguinte:

“Art. 13. Verificando a incapacidade processual ou a irregularidade da representação das partes, o juiz, suspendendo o processo, marcará prazo razoável para ser sanado o defeito. Não sendo cumprido o despacho dentro do prazo, se a providência couber:
I - ao autor, o juiz decretará a nulidade do processo;
(...)”
“Art. 283. A petição inicial será instruída com os documentos indispensáveis à propositura da ação.”

Tal providência, como visto, foi efetivada em segundo grau de jurisdição, como autorizado pelo art. 515, § 4º do CPC (ver fls. 391/392), deixando a parte interessada transcorrer *in albis* o prazo para manifestação.

Claro, porém, que a nulidade do processo deve ser entendida, aqui, como relativa a PT AGUIAR, haja vista a existência de outro litisconsorte, neste não interferindo o apontado vício.

Daí porque, não comprovada, *in casu*, a capacidade de ser parte, relativamente ao litisconsorte ativo PT AGUIAR, fica excluído do feito.

Quanto à questão de fundo, registre-se que a preliminar de inépcia da inicial, argüida no apelo, se confunde completamente com o mérito, por ser a sede própria para análise da alegada posse do Sr. Paulo de Tarso, verificando-se se ela foi requerida em razão do domínio, quando o certo seria intentar ação reivindicatória, ou se, do contrário, escorreito foi o ajuizamento da demanda reintegratória.

Pois bem, é justamente aí que se encontra o equívoco em que incorreram os apelantes desde a contestação, conquanto tenham confundido, a todo instante, o *jus possidendi* com o *jus possessionis*, bem como o domínio com a posse.

Com efeito, na primeira hipótese (*jus possidendi*), tem-se a posse titulada, demonstrativa de sua causa jurídica; na outra (*jus possessionis*), tem-se a posse autônoma, isto é, sem título, significando tão-somente o direito fundado no fato da posse.

Posse que, por sua vez, nada mais é, como cedição, do que a exteriorização da propriedade – uma situação de fato protegida pelo legislador.

Na lição do saudoso Professor CAIO MÁRIO DA SILVA PEREIRA (*in* INSTITUIÇÕES DE DIREITO CIVIL, VOL. IV. 18. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003, pp. 24/25):

“*Ius possidendi* (literalmente, direito de possuir) é a faculdade que tem uma pessoa, por já ser titular de uma situação jurídica, de exercer a posse sobre determinada coisa. O proprietário, o usufrutuário, o locatário etc. têm *ius possidendi* sobre o objeto da respectiva relação jurídica. *Ius possessionis* é o direito originado da situação jurídica da posse, e independe da preexistência de uma relação. Aquele que encontra um objeto e o utiliza, não tem o *ius possidendi*, embora tenha *ius possessionis*, porque procede como possuidor, embora lhe falte um título para possuir. O que cultiva uma gleba de terra abandonada tem o *ius possessionis*, embora lhe falte o *ius possidendi*. A lei confere ao possuidor, com fundamento no *ius possessionis*, defesas provisórias, ainda no caso de faltar *ius possidendi*. Outras vezes, aliada a posse a outros requisitos que compõem o usucapião, a lei converte o *ius possessionis* em propriedade, que, a seu turno, gera *ius possidendi* sobre a mesma coisa.”

De outra banda, atente-se para o fato de que quando se persegue a posse em razão do domínio, diz-se que o juízo é petitório; por outro lado, quando se pleiteia a posse em razão dela própria, o juízo é possessório.

Na espécie, não há alegação de domínio por parte do ESPÓLIO DE PAULO DE TARSO RODRIGUES AGUIAR. Discute-se a posse. E só. Trata-se, pois, de juízo possessório.

Quem alega a ausência de comprovação do domínio são os réus/apelantes, como se a propriedade sobre o imóvel descrito na exordial –sito nesta Capital, Rua Guilherme de Alencar, nº. 1128, Messejana –, tivesse sido erigida à causa de pedir da demanda em apreço, o que não é verdade.

A aquisição do imóvel é apenas mencionada na vestibular para se estabelecer que foi a partir de então, isto é, no ano de 1974, que se assumiu a posse respectiva, a qual teria sido, muito tempo depois, desmembrada, passando-se, a título gratuito, isto é, em comodato, aos ora apelantes, a posse direta, ficando o comodante, Paulo de Tarso, na posse indireta do bem.

Assim, compulsando os autos, não houve preocupação da parte autora em demonstrar o título de sua posse (*jus possidendi*), mas apenas a aquisição da mesma (*jus possessionis*) e, posteriormente, o esbulho, quando os demandados resistiram em não devolvê-la.

E o conjunto probatório –, mormente no que diz respeito às testemunhas dos promovidos/apelantes e ao próprio depoimento pessoal do recorrente varão –, conduzem à assertiva de que os apelados detêm melhor posse, a teor do disposto nos arts. 485, 486, 496 e 499 do Código Civil de 1916 (Novo, arts. 1.196, 1.197, 1.207 e 1.210, respectivamente) c/c art. 927 do Código de Processo Civil.

Senão, veja-se:

“...que o depoente conheceu Paulo de Tarso na Receita Federal e em conversa chegaram à conclusão de que Paulo conhecia um cunhado do depoente, de nome Oliveira. Que naquela ocasião, Paulo de Tarso disse que tinha um terreno em Messejana, perguntou ao depoente se o mesmo não queria ir morar no imóvel. Só que tinha um problema (...) havia um posseiro (...). Que Paulo disse que caso o depoente retirasse o posseiro poderia morar no terreno por tempo indeterminado. (...) Que o depoente recebeu o imóvel no mês de fevereiro de 1996. (...) Que Paulo não usou a palavra dar ou doar o terreno para o depoente e sim que moraria lá por tempo indeterminado.” (Depoimento de MÁRCIO NONATO DE AZEVEDO, promovido/apelante – fls. 222/223);

“...que o depoente se encontrava na posse do imóvel antes dos promovidos; que o depoente ali se encontrava e determinada vez foi procurado por Paulo de Tarso que se apresentou como proprietário do imóvel e exigiu que o depoente dali saísse (...) que mais ou menos dois meses depois ali chegou o promovido varão e dizendo-se primo de Paulo de Tarso, disse que queria o imóvel desocupado (...) que o promovido varão quando chegou ao imóvel disse ao depoente que estava ali a mando de Paulo de Tarso; que nenhuma outra pessoa procurou o depoente dizendo-se proprietário do imóvel, a não ser Paulo de Tarso (...).” (Depoimento de RAIMUNDO FERREIRA DA SILVA – o “posseiro anterior”, 1ª testemunha dos réus/apelantes – fls. 249/250);

“...que a depoente conhece o imóvel em litígio; que mora em frente ao mesmo (...) que a depoente viu Paulo de Tarso no imóvel por duas vezes (...) que o terreno pertencia a Hermínio, que alugou o depósito de sal ao Agostinho, que alugou para o Paulo de Tarso (...) que fora Paulo de Tarso, nenhuma outra pessoa se apresentou como dona do imóvel (...) que as pessoas na região reconheciam o imóvel como sendo de Paulo de Tarso (...).” (Depoimento de MARIA

ELIZABETE MAIA – “vizinha da frente”, 2ª testemunha dos réus/apelantes – fls. 251/252).

“...que o terreno onde os promovidos hoje residem pertenciam ao Sr. Hermínio; que no referido imóvel havia uma casa e um depósito de sal; que o depósito era administrado pelo Sr. José Bento, esposo de Raimunda Holanda; que o depósito de sal foi alugado pelo Sr. Agostinho; que, posteriormente, o Sr. Paulo de Tarso comprou o depósito de sal; que Paulo de Tarso funcionou (sic) o depósito por mais ou menos um ano; que Dona Raimunda recebeu, como forma de pagamento, uma parte do imóvel; que à época em que Paulo de Tarso comprou o depósito, o Sr. José Bento também tomava conta do negócio; que o promovido foi morar no imóvel a mando do Sr. Paulo de Tarso (...) que o depoente viu Paulo de Tarso por duas vezes no depósito na época de 1974 ou 1975 (...) que José Bento era quem tinha as chaves do imóvel e era empregado de Paulo de Tarso; que Márcio não pagava aluguel (...)” (Depoimento de COSME BENEDITO BARBOSA DA ROCHA, 3ª testemunha – morador das “proximidades” – fls. 281/282).

Como se vê, todas as testemunhas dos réus/apelantes se alinham à tese dos autores/apelados. Sim, porque nenhuma delas nega que o falecido Paulo de Tarso tenha tido a posse do imóvel objeto da demanda. Ao contrário, o que se verifica é que se sabia que o bem pertencia a um tal Hermínio (no caso HERMÍNIO TIBÚRCIO DA SILVA), o qual negociara o imóvel com um tal Agostinho (no caso, AGOSTINHO SOARES DE SOUSA, da Salina Cocó Dendê S/A) que, por sua vez, o vendera a Paulo de Tarso, tendo este, efetivamente, se apossado do que lhe era de direito.

Sobre os temas da prova suficiente e da regra de aquisição da prova, convém, por oportuno, lembrar, neste momento, o magistério de CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO (*in* INSTITUIÇÕES DE DIREITO PROCESSUAL CIVIL, VOL. III. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2004, pp. 81/82 e 84/85):

“Nunca os encargos probatórios devem ser tão pesados para uma das partes, que cheguem ao ponto de dificultar excessivamente a defesa de seus direitos. Considera-se cumprido o *onus probandi* quando a instrução processual houver chegado à demonstração razoável da existência do fato, sem os extremos da exigência de uma certeza absoluta que muito dificilmente se atingirá. A certeza, em termos absolutos, não é requisito para julgar. Basta que, segundo o juízo comum do *homo medius*, a probabilidade seja tão grande que os riscos de erro se mostrem suportáveis. Probabilidade é a convergência de elementos que conduzem razoavelmente a crer numa afirmação, superando a força de convicção dos elementos divergentes

desta (...). Exigir certeza absoluta seria desconhecer a falibilidade humana. O juiz que pela obsessão da verdade considerasse inexistentes os fatos afirmados, somente porque algum leve resquício de dúvida ainda restasse em seu espírito, em nome dessa ilusória segurança para julgar estaria com muito mais freqüência praticando injustiças do que fazendo justiça (...).

(...)

Esses são os parâmetros racionalmente possíveis da prova suficiente, com a qual o processo civil se satisfaz. O confronto com a exigência da verdade real, vigente no processo penal, não significa que no processo civil a verdade não seja um elemento a investigar, ou um valor a cultivar. Significa somente que basta uma convicção razoável formada segundo o poder de convencimento racional e segundo o que está nos autos, como prescreve o art. 131 do Código de Processo Civil...”

(...)

...É de amplitude quase absoluta o dever de atender aos fatos relevantes retratados nos autos (CPC, art. 131), pelo que se obriga o juiz a julgar segundo o que nestes se contém (...). A conhecida máxima *quod non est in actis non est in mundo* tem por contraposto positivo a afirmação de que tudo que está nos autos está também no universo a ser considerado pelo juiz.

Essa é regra da aquisição da prova, pela qual toda prova vinda aos autos se considera integrante do processo, ou adquirida por ele...

(...)

‘Ao juiz, frente à moderna sistemática processual, incumbe analisar o conjunto probatório em sua globalidade, sem perquirir a quem competia o *onus probandi*. Constando dos autos a prova, ainda que desfavorável a quem a tenha produzido, é dever do juiz tomá-la em consideração na formação de seu convencimento’ (STJ)”.

Ora, fazendo-se o cotejo daqueles depoimentos com os das testemunhas dos promoventes/apelados, particularmente com o do Engenheiro EUCLIDES MARANHÃO JÚNIOR (fls. 247/248) –, que só não comprou o imóvel de Paulo de Tarso, por causa do problema de haver alguém morando no local e resistindo a sair –, não se tem dúvida de que a posse pertencia a este último, o qual tentou viabilizar um negócio de sal na região, que não deu certo, mas mantinha a posse através de um artifício até comum em casos dessa natureza, que é a contratação de prepostos, geralmente da vizinhança.

Então, ao que parece, o Sr. Márcio Nonato de Azevedo foi contratado por Paulo de Tarso, em razão de ser cunhado de um amigo dele, para resolver o problema de uma invasão. E resolveu. Mas, o que queria o Sr. Márcio?! Por acaso imaginou que expulsando o invasor teria direito a ficar com o imóvel de Paulo de Tarso?! Foi isso que lhe foi oferecido?!

Em verdade, talvez o apelante varão achasse que merecia pelo menos uma parte do bem, pelo fato de haver expulsado o antigo invasor. E pode ser, também, que, em algum momento, o Sr. Paulo de Tarso lhe tenha externado tal desejo. Todavia, veio a falecer sem que essas circunstâncias ficassem esclarecidas.

É certo, por outro lado, que algumas coisas não “batem” na demanda de que se cuida, e que não passaram despercebidas por esta Relatoria. Por exemplo, os autores disseram que havia comodato escrito, mas nunca comprovaram a existência de tal instrumento, o que levou esta Corte a reformar, em sede de agravo de instrumento (fls. 165/168), decisão interlocutória do juízo de primeiro grau que concedera a reintegração liminar de posse requerida pelos autores, mantendo os ora apelantes na posse do referido bem. Além disso, a escritura que repousa à fl. 08 destoa da certidão do CRI da 1ª Zona (fl. 187), quanto à cadeia de sucessores, entre vivos, do imóvel em questão.

Mesmo assim, o fato é que *habemus legem*. E ao julgador não é dado pronunciar o *non liquet*. No caso, restou evidenciada, como visto, a existência de comodato verbal entre os litigantes, sendo que as próprias testemunhas dos promovidos parecem corroborar o teor daquela escritura supostamente apócrifa, afirmando, ainda, que nenhuma outra pessoa reivindicava o bem na redondeza, a não ser Paulo de Tarso.

Com efeito, o herdeiro ou sucessor *causa mortis*, encontra-se, em matéria possessória, em situação privilegiada, pois presume a lei que “continua de direito a posse de seu antecessor” (NCC, art. 1.207; antigo, art. 496), não necessitando, assim, provar a sua posse anterior, mas apenas a do *de cuius*, o que foi fartamente demonstrado.

Ademais, ressei uníssono dos depoimentos tomados, inclusive do maior interessado (o apelante varão), que ele recebeu a posse por tempo indeterminado e sem uma contraprestação, o que configura comodato verbal, também cabível em se tratando de bens imóveis, nos termos dos arts. 579 e ss. do novel Código Civil brasileiro (antigo, arts. 1.248 e ss.), já que não há restrição a respeito nem imposição de formalidade *ad solemnitatem*.

Aplica-se, igualmente, o disposto nos arts. 485, 486 e 499 do Código Civil de 1916 (Novo, arts. 1.196, 1.197 e 1.210, respectivamente) c/c art. 927 do Código de Processo Civil, a seguir transcritos (nessa ordem), sendo certo que o esbulho e a referida data estão devidamente demonstradas às fls. 04/06, ante à quebra de confiança consubstanciada na resistência do casal em deixar o imóvel, mesmo depois de notificados para tanto:

“Art. 1.196. Considera-se possuidor todo aquele que tem de fato o exercício, pleno ou não, de algum dos poderes inerentes à propriedade.”

“Art. 1.197. A posse direta, de pessoa que tem a coisa em seu poder, temporariamente, em virtude de direito pessoal, ou real, não anula a indireta, de quem aquela foi havida, podendo o possuidor direto defender a sua posse contra o indireto.”

“Art. 1.210. O possuidor tem direito a ser mantido na posse em caso de turbação, restituído no de esbulho, e segurado de violência iminente, se tiver justo receio de ser molestado.”

“Art. 927. Incumbe ao autor provar:

I - a sua posse;

II - a turbação ou o esbulho praticado pelo réu;

III - a data da turbação ou do esbulho;

IV - a continuação da posse, embora turbada, na ação de manutenção; a perda da posse, na ação de reintegração.”

Na hipótese destes autos, então, restou configurada a posse indireta do comodante, que foi transmitida aos herdeiros com suas mesmas características, tendo o Espólio autor, assim, o direito à reintegração, uma vez que ficou provada a posse do *de cuius*, o esbulho praticado pelo réu e a data respectiva.

Rememore-se que a discussão sobre a propriedade ou sobre a causa jurídica da posse do *de cuius* (*jus possidendi*) não vem ao caso nesta seara. Assim, como bem lembrado pelo representante do Ministério Público em segundo grau de jurisdição (fls. 401/412):

“Vale ressaltar, ainda, que a discussão acerca da legitimidade da posse do Autor não é matéria a ser discutida pelos Apelantes nestes fólios, mas sim por quem de direito em palco específico”.

Finalmente, aprecie-se a questão das benfeitorias úteis e necessárias, que os apelantes alegam, veementemente, haver realizado no dito imóvel, requerendo, ao menos, o seu ressarcimento.

Na verdade, compulsando os autos, o que se vê é que não houve uma comprovação precisa sobre as benfeitorias realizadas, nem sobre o valor

das mesmas, sua extensão etc., deixando o magistrado de primeiro grau de se posicionar sobre as mesmas “...por não restarem aclaradas tais benfeitorias...” (fl. 306).

No entanto, como não poderia deixar de ser, o MM. Juiz de primeiro grau não as refutou, deixando para que se resolvesse o problema na fase executiva. O fato é que, em várias passagens dos depoimentos testemunhais, inclusive dos autores/apelados, ficou patente a existência de benfeitorias, como se pode ver, só para exemplificar, do testemunho de RAIMUNDA HOLANDA DE LIMA (testemunha dos promoventes/apelados – fl. 231), que morava naquela vizinhança e assegurou “...que sabe que o promovido fez reformas na casa, mas não sabe determinar sua dimensão...”.

De uma maneira ou de outra, a posse de boa-fé dos ora apelantes, e que merece proteção na forma do art. 1.219 do Código Civil (antigo, art. 516), durou de fevereiro de 1996 a dezembro de 1998, quando foram notificados pelo Espólio, passando a se caracterizar como posse injusta em relação a este último, a partir de então.

Assim, a despeito de não restarem comprovadas benfeitorias, a situação fática *in concreto* permite deduzir ser razoável entender-se realizadas, compensando-se com alugueres não pagos, do período em que os apelantes já não gozavam da posse de boa-fé.

Finalmente, há de se convir, até por uma questão humanitária mesmo, que os apelantes vivem no imóvel em litígio há mais de 13(treze) anos, não se tendo notícia do cumprimento da carta de sentença extraída para cumprimento da antecipação de tutela concedida por ocasião da sentença, o que acabou gerando, inversamente, uma situação que, à luz do poder geral de cautela atribuído ao julgador, recomenda a manutenção dos apelados na posse do imóvel objeto da demanda até o trânsito em julgado, devendo desocupá-lo 30(trinta) dias depois, sendo, a meu ver, a posição mais justa a ser adotada no caso destes autos.

Ante o exposto, conheço do apelo, por estarem presentes os pressupostos intrínsecos e extrínsecos de sua admissibilidade, para lhe dar parcial provimento, apenas e tão-somente no sentido de excluir PT AGUIAR do pólo ativo da demanda, mantido o ESPÓLIO, concedendo-se aos apelantes o prazo de 30(trinta) dias para desocupação do imóvel, contados do trânsito em julgado desta decisão.

É como voto.

Fortaleza, 3 de junho de 2009.

APELAÇÃO CÍVEL N.º 2004.0008.9248-7/1

APELANTES: ALBERTO MACHADO DA SILVA E OSVALDO AGUIAR PORTELA

APELADO: ESPÓLIO DE FRANCISCA NERES DE AGUIAR

RELATOR: DESEMBARGADOR ADEMAR MENDES BEZERRA

ORIGEM: VARA ÚNICA DA COMARCA DE COREAÚ

EMENTA. PROCESSUAL CIVIL. APELAÇÃO CÍVEL EM AÇÃO POSSESSÓRIA. DISCUSSÃO SOBRE O DOMÍNIO. DESCABIMENTO. REQUISITOS PARA A TUTELA POSSESSÓRIA PRESENTES. APRECIÇÃO E VALORAÇÃO DAS PROVAS FEITAS COM PRUDÊNCIA PELO MAGISTRADO A *QUO*. IRRESIGNAÇÃO DOS APELANTES COM RELAÇÃO À VALORAÇÃO DAS PROVAS. ALEGAÇÕES SEM O CUNHO DE RESCINDIR A SENTENÇA RECORRIDA.

-Em sede de ação possessória, não há espaço para se adentrar na discussão sobre o domínio de um determinado bem, impondo-se tão-somente a análise sobre a quem é dado o direito de posse.

-Observando-se que a decisão está bem fundamentada, correta e que apreciou e valorou devidamente as provas colhidas, atendendo ao princípio do livre convencimento do julgador de maneira proporcional, não tem como prosperar os argumentos dos apelantes, os quais tentaram direcionar a apreciação das provas para fundamentar a sua tese derrotada na ação possessória.

-Apelo conhecido, mas improvido.

-Precedentes dos tribunais de justiça e dos tribunais superiores.

ACÓRDÃO:

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos da Apelação Cível n.º 2004.0008.9248-7/1, em que figuram as partes acima indicadas. Acorda a colenda Segunda Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, por seu plenário, a unanimidade, julgar improvida a apelação, nos termos do voto de relator.

Fortaleza, 29 de abril de 2009.

RELATÓRIO

Cuidam os presentes autos de apelação cível interposta por Alberto Machado da Silva e Osvaldo Aguiar Portela em face de decisão do MM. Juiz Titular da Vara Única da Comarca de Coreaú que em ação reintegratória julgou procedente o pedido autoral “para determinar em favor do Espólio de Francisca Neres de Aguiar a reintegração de posse das áreas de terra invadidas pelo demandados” descrita na vestibular como anexa ao terreno no qual se situa a residência de Alberto Machado da Silva e a gleba onde está a residência de Osvaldo Aguiar Portela, cada uma “medindo aproximadamente 25 palmos de frente com 170 palmos de fundo, e que ficam dentro dos limites de um todo medindo 52,80 metros de frente com 37,40 metros de fundo, conforme cópia da matrícula juntada aos autos às fls. 11”.

Na apelação de fls. 168/185, narram os recorrentes que o julgador monocrático teria decidido de maneira contrária às provas dos autos uma vez que se baseou somente no “depoimento do Sr. Modesto Nery Ferreira em detrimento dos depoimentos das demais testemunhas, inclusive daquelas arroladas pela própria parte autora”. Ao final, requer que, caso o argumento exposto não seja acatado, a sentença deveria ser declarada nula já que a prova pericial deferida à fl. 55V não foi produzida.

Às fls. 189/205, contra-razões do espólio de Francisca Neres de Aguiar pugnando pela manutenção do *decisum* vergastado, pois o mesmo estaria em consonância com o melhor direito e jurisprudências pátrias.

É o breve relatório.

VOTO

Primeiramente, verifico que está preclusa a preliminar de cerceamento de defesa alegada na apelação uma vez que a mesma não foi combatida processualmente da maneira escoreita, haja vista não ter sido interposto agravo na modalidade de instrumento.

No mérito, o apelo não merece acolhimento.

Cumprе observar nobres colegas que o recurso apelatório só devolveu ao Tribunal a discussão possessória sobre o terreno onde se localiza a residência do apelante/demandado Osvaldo Aguiar Portela, o qual fica, limítrofe à residência do apelante/demandado Alberto Machado da Silva.

Insurgem-se os apelantes contra a sentença proferida, uma vez que a mesma teria sido embasada no testemunho de uma única pessoa, salientando, inclusive, que tal testemunha não serviria pois teria faltado com a verdade e entrado em contradição diversas vezes.

Em uma leitura mais minudente dos autos, percebe-se que tais razões não resistem aos argumentos expostos pelo douto juiz monocrático em sua decisão.

Ressalte-se, antes de analisar o mérito da demanda, que em sede de ação possessória não há espaço para se adentrar na discussão sobre o domínio de um determinado bem, impõe-se tão-somente a análise sobre a quem é dado o direito de posse.

Nada obstante a posse e a propriedade caminharem juntas, sabe-se, contudo, que tais institutos não se confundem.

A posse, no dizer de Sílvio de Salvo Venosa (Direito Civil - Direitos Reais, São Paulo, Atlas, 2001, p. 44), “é considerada um poder de fato juridicamente protegido sobre a coisa, distingue-se do caráter da propriedade, que é direito, somente se adquirindo por título justo e de acordo com as formas instituídas no ordenamento”.

Nesse passo discorrem os tribunais pátrios, conforme demonstrado abaixo:

“EMENTA: Processual Civil. Civil. Reintegração de posse. Prova. Ônus carreado ao autor. Não desincumbência. Domínio. Irrelevância da alegação em ação possessória.

I. Pretendida reintegração de posse, com base em ato de esbulho praticado pelos requeridos, reclama robusta prova para que seja deferida. Não se desincumbindo a apelante de demonstrar a violência em sua posse, ônus que lhe pertence, impõe-se a improcedência do pedido.

II. Em sede de apreciação da pretensão possessória, a discussão sobre o domínio do bem imóvel, exceto se ambas as partes litigantes disputem a posse alegando propriedade (art. 505, 2ª parte do CC, e súmula 487/STF), o que não ocorre presente caso, é incabível.

III. Recurso improvido. sentença mantida.” (Tribunal de Justiça do Distrito Federal, 3ª Turma Cível, Apelação Cível 20000310112225, Relator Desembargador Jerônimo de Souza, julgada em 09/05/2002, publicada no Diário da Justiça em 12/06/2002).

“EMENTA: Ação de Reintegração de Posse - Improcedência da ação, por não terem os demandantes comprovado os fatos constitutivos de seu alegado direito. Em todas as suas manifestações, desde a inicial, preocuparam-se os autores, apenas com o domínio. Nunca afirmaram, categoricamente, o exercício da posse.

Depoimento pessoal de um dos demandantes preciso no sentido de que nunca exerceram a posse. Não tendo a posse, não podiam pretender a reintegração. Confusão entre juízo possessório e o petitório. Não comprovados os requisitos dos arts. 499, do CC, e 927, do CPC, a hipótese é de improcedência da ação.” (Tribunal de Alçada do Rio Grande do Sul, 6.^a Câmara Cível, Apelação Cível 190038687, Relator Juiz Tael João Selistre, julgada em 21/06/1990).

Ainda de par com a jurisprudência apresentada, Sílvio de Salvo Venosa (Ob. cit., p. 44/45) traça algumas considerações sobre o tema:

“Nas ações possessórias (interditos), trata-se exclusivamente da questão da posse. Nas chamadas ações petitórias (*petitorium iudicium*), leva-se em conta exclusivamente o direito de propriedade. Daí por que, na singeleza do conceito, é vedado examinar o domínio nas ações possessórias. Geralmente, na prática, o mau possuidor procura baralhar no procedimento possessório os conceitos de posse e propriedade, para camuflar sua posse ruim ou ausência de posse.”

Ademais, não subsiste o argumento levantado pela parte ré/apelante de que teria comprado o imóvel objeto deste recurso, é que o artigo 927 do Código de Processo Civil é claro ao dispor que cabe às partes demonstrarem sua posse sobre o bem, o que *in casu* não restou evidenciado como se percebe do depoimento do Sr. Modesto Ferreira (fls. 94/96) no qual este afirma que nunca negociou o mencionado terreno com o apelante/demandado Alberto Machado da Silva.

Saliente-se, ainda, que o título de domínio se presta a certificar a propriedade do bem, mas tal documento só tem o condão de atestar a posse se o proprietário também demonstrar que era possuidor e que o esbulho retirou-lhe a coisa de seu poder.

Ao contrário, o que se verifica dos depoimentos testemunhais é que a terra em litígio pertencia à falecida Francisca Neres de Aguiar, aqui representada pelo seu espólio, e foi transmitida aos seus herdeiros, os quais deram continuidade às atividades anteriormente exercidas dentro do possível.

Ora se os apelantes, juntamente com o título de domínio, houvessem comprovado que exerciam posse anterior à ocupação feita em vida pela falecida, evidentemente que eles teriam o seu direito à reintegração deferido, o que não aconteceu nesta demanda.

No caso dos autos, observa-se que o reitor do feito bem fundamentou seu *decisum* e o fez com base não em um só depoimento, mas utilizando todos, dando ênfase, contudo, ao testemunho que realmente destramou a lide, qual seja, o do Sr. Modesto Ferreira (fls. 94/96). Assim, não vejo nada a censurar a escorreita sentença proferida. Cumpre observar que esse é o entendimento dos tribunais pátrios:

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE REINTEGRAÇÃO DE POSSE. CONJUNTO PROBATÓRIO APRECIADO E VALORADO PRUDENTEMENTE PELO MAGISTRADO DE PRIMEIRA INSTÂNCIA. PROCEDÊNCIA DOS PEDIDOS. PRINCÍPIO DA FUNGIBILIDADE DAS POSSESSÓRIAS. DECISÃO PELA MANUTENÇÃO NA POSSE. INSURGÊNCIA DO APELADO COM RELAÇÃO À VALORAÇÃO DAS PROVAS. ALEGAÇÕES SEM O CUNHO DE RESCINDIR A SENTENÇA RECORRIDA. RECURSO IMPROVIDO. Verificando-se que a sentença foi escoreta, bem fundamentada, e que a valoração das provas foi feita com prudência e o princípio do livre convencimento do magistrado não foi desproporcional, tampouco em desarmonia com o conjunto probatório, não há como proceder a intenção do apelado que procura direcionar a apreciação das provas para subsidiar a sua tese derrotada na ação possessória. (TJ-MT; RAC 74991/2006; Paranatinga; Terceira Câmara Cível; Rel. Des. Ernani Vieira de Souza; Julg. 05/02/2007)

AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO DE REINTEGRAÇÃO DE POSSE. INDEFERIMENTO DE LIMINAR. IMPOSSIBILIDADE DA MEDIDA PRETENDIDA. NECESSIDADE DE DILAÇÃO PROBATÓRIA. O deferimento de medida liminar possessória está vinculado ao livre convencimento do juiz que, em face da dubiedade da situação apresentada pelo recorrente, podendo ele se reservar para apreciação da tutela possessória para depois de se instaurar o contraditório ou, ainda, por ocasião da sentença final. Havendo dúvida, a situação fática já existente deve ser mantida. 'Para a concessão de liminar de reintegração de posse, o juiz deve ser rigoroso ao máximo no exame dos seus requisitos, dado que criará uma modificação no estado jurídico. Na dúvida, há que se manter a situação fática reinante'. (TJ-MG; AG 1.0079.07.345520-0/001; Contagem; Nona Câmara Cível; Rel. Des. Osmando Almeida; Julg. 19/06/2007; DJMG 30/06/2007)

AGRAVO DE INSTRUMENTO. INTERDITO PROIBITÓRIO. INDEFERIMENTO DO PEDIDO LIMINAR. JUSTO RECEIO E EXERCÍCIO DA POSSE INDEMONSTRADOS. AUSÊNCIA DOS REQUISITOS LEGAIS. INTELIGÊNCIA DO ARTIGO 932 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. LIVRE CONVENCIMENTO DO MAGISTRADO. DECISÃO CORRETA. RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO. 1. É incensurável a decisão que indefere liminarmente a tutela possessória, em ação de interdito proibitório, quando ausentes os requisitos legais que a autorizam. 2. A concessão ou denegação de liminar subsume-se ao prudente arbítrio do magistrado, só podendo ser reformada pelo Tribunal diante de manifesta ilegalidade (RT 572/223). (TA-PR; AG 0250280-7; Ac. 4855; Curitiba; Nona Câmara Cível; Rel. Des. Antônio Loyola Vieira; Julg. 30/03/2004)

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. REINTEGRAÇÃO LIMINAR DE POSSE -DECRETAÇÃO MOTIVADA QUE SE MANTEM. 1. A liminar possessória é faculdade outorgada pela Lei ao Juiz que em seu livre arbítrio discricionário de convencimento poderá concedê-la ou não, contanto que motive a respectiva decisão, hipótese ocorrente aqui. 2. A prova oral tem que ser examinada no seu todo e não parcialmente, como quer o recorrente, de forma que não vislumbro nas razões apresentadas motivo suficiente para a pretendida reforma. 3. Recurso conhecido, porém, improvido. (TJ-CE; AI-PESusp 2000.0016.0105-0/0; Segunda Câmara Cível; Relª Desª Gizela Nunes da Costa; Julg. 26/03/2003)

Forte em tais razões, conheço o apelo por estarem presentes seus requisitos, mas para lhe negar provimento, mantendo inalterada a sentença recorrida.

É como voto.

Fortaleza, 29 de abril de 2009.

PROCESSO Nº 35044-05.2004.8.06.0000/0 (2004.0014.8658-0/0).

APELAÇÃO CÍVEL.

APELANTES: TEREZA HELENA CARNEIRO HOLANDA E OUTRAS.

APELADAS: FAELCE – FUNDAÇÃO COELCE DE SEGURIDADE SOCIAL E COELCE – COMPANHIA ENERGÉTICA DO CEARÁ.

RELATOR: DES. FERNANDO LUIZ XIMENES ROCHA.

EMENTA: PREVIDÊNCIA PRIVADA. FAELCE. DESVINCULAÇÃO DO EMPREGADO. LEVANTAMENTO DAS CONTRIBUIÇÕES POR ESTE VERTIDAS. CLÁUSULA DE RECEBIMENTO PARCIAL ABUSIVA. NULIDADE. APLICAÇÃO DAS NORMAS DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. CORREÇÃO MONETÁRIA DEVIDA. PARCELAS PAGAS PELA EMPRESA PATROCINANTE. RESTITUIÇÃO. DESCABIMENTO.

1. As empresas de Previdência Privada, por serem prestadoras de serviços, sujeitam-se às normas insculpidas no Código de Defesa do Consumidor, o qual, dentre outras exigências, impõe a nulidade de cláusulas contratuais consideradas abusivas.

2. Segundo jurisprudência dominante, é devida a restituição integral das contribuições recolhidas pelo ex-associado ao plano de previdência complementar, por ocasião de seu desligamento, ainda que o respectivo estatuto assim não preveja.

3. Quanto à restituição das contribuições patronais, esta se mostra indevida, sob pena de enriquecimento ilícito do empregado.

4. No que tange à correção monetária das parcelas restituíveis, é imprescindível a recomposição da desvalorização da moeda nacional, devendo-se aplicar o IPC para fins de correção, índice que reflete a real defasagem da moeda.

5. Tocante aos juros de mora, em relação à condenação advinda do inadimplemento contratual, estes deverão incidir desde a citação (art. 219, CPC), 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 do 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.

6. Recurso conhecido e parcialmente provido.

ACÓRDÃO

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

Fortaleza, 11 de janeiro de 2010.

RELATÓRIO

Trata-se de apelação cível interposta por Tereza Helena Carneiro Holanda e outras, em face de sentença proferida pelo Juízo da 13ª Vara Cível da Comarca de Fortaleza/CE, nos autos da Ação Ordinária de Cobrança nº 1999.02.36772-0, movida pelas ora apelantes.

Na inicial, alegaram as suplicantes que, enquanto empregadas da Coelce, patrocinadora da sobredita fundação, contribuíram, na qualidade de mantenedoras-beneficiárias, com o plano de previdência complementar da demandada, formando assim uma reserva de poupança individual, composta de cotas pessoais e patronais que, vertidas mensalmente, formariam uma complementação de aposentadoria futura.

Prosseguiram afirmando que, ao optarem por se desligar do aludido plano, pleitearam o resgate das reservas depositadas junto àquela entidade de previdência privada, a qual, no entanto, escudada em cláusulas abusivas implantadas dolosamente em seu Regulamento e Estatuto, restituiu-lhes tão somente parte de suas contribuições pessoais, com índices de correção monetária eivados dos expurgos inflacionários, e ainda excluindo as contribuições vertidas pela patrocinadora.

Sustentaram, por fim, o direito de perceberem a quantia correspondente à integralidade da contribuição previdenciária efetuada mensalmente, que consiste no somatório de sua cota pessoal com a cota patronal,

com a devida correção monetária e acrescida de juros cabíveis à época do efetivo pagamento.

Em sede de contestação, a FAELCE alega que efetuou o pagamento do resgate da reserva de poupança das requerentes nos moldes previstos na Legislação pertinente, a saber, na Lei 6.435/77, no Decreto 81.240/78 e no Regulamento e Estatuto da Entidade e Contrato de Adesão firmado com as autoras, diplomas que prevêm, em resumo, que em caso de desligamento do empregado deve o plano de benefício estabelecer o valor do resgate, sendo-lhe, outrossim, facultada a manutenção dos pagamentos acrescidos da parte da empresa, além de porcentagem do montante das contribuições efetuadas pelos segurados, a fim de custear determinadas despesas da entidade.

A Coelce, por sua vez, alegou ser parte ilegítima para a demanda.

Quanto ao mérito, afirmou que o pedido é desprovido de amparo legal, pois as cotas patronais não devem ser restituídas às demandantes, vez que não possuem natureza de salário indireto. Outrossim, o Estatuto da FAELCE prevê, em seu art. 29, apenas a restituição das contribuições vertidas pelo empregado (cota pessoal).

Em decisão de fls. 173-7, o Magistrado *a quo* julgou improcedente a ação, considerando que as proponentes tinham direito apenas de resgatar as prestações que pagaram, o que de fato ocorreu, não fazendo jus às cotas patronais, face à ausência de amparo legal.

Irresignadas, as autoras apresentaram recurso de apelação (fls. 179-185), no qual requereram a restituição das contribuições pessoais integrais (expurgos inflacionários), tudo acrescido de juros de mora e atualização monetária.

Intimada a se manifestar, a apelada não ofereceu contrarrazões.

É o relatório.

VOTO

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

Preliminarmente, destaque-se que empresas de previdência privada, como típicas prestadoras de serviço, inserem-se no conceito de fornecedor, contemplado pelo art. 3º da Lei 8.078/90, encontrando-se, destarte, sob a égide do Código de Defesa do Consumidor.

Nesse sentido é o enunciado sumular nº 321 do Superior Tribunal de Justiça, *in verbis*:

Súm. 321: O Código de Defesa do Consumidor é aplicável à relação jurídica entre a entidade de previdência privada e seus participantes.

Em vista do exposto, faz-se oportuno registrar alguns dos direitos basilares atribuídos ao consumidor, que se justificam pela busca do equilíbrio contratual entre as partes envolvidas, a saber:

“Art. 6º São direitos básicos do consumidor:

-
- III- A informação adequada e clara sobre os diferentes produtos e serviços, com especificação correta de qualidade, quantidade, características, composição, qualidade e preço, bem como os riscos que apresentem;
 - IV- A proteção contra a publicidade enganosa e abusiva, métodos comerciais abusivos ou desleais, bem como contra práticas e cláusulas abusivas ou impostas no fornecimento de produtos ou serviços”

Compreende-se cláusula abusiva como sinônimo de opressiva, vexatória, onerosa ou, ainda, excessiva. É aquela notoriamente desfavorável à parte mais fraca da relação contratual, que no caso em análise é o consumidor. A existência de cláusula abusiva no contrato de consumo torna inválida a relação, ante a quebra do equilíbrio entre as partes, daí porque o CDC procurou elencá-las, ainda que de forma meramente exemplificativa, fulminando-as de plena nulidade. Vejamos como dispõe o texto legal, em seu art. 51:

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

-
- II- Subtraíam ao consumidor a opção de reembolso de quantia já paga, nos casos previstos nesse Código;
 -
 - IV- Estabeleçam obrigações consideradas iníquas, abusivas que coloquem o consumidor em desvantagem exagerada, ou sejam incompatíveis com a boa-fé ou equidade;
 - § 1º Presume-se exagerada, entre outros casos a vontade que:
 -
 - II- Restringe direitos ou obrigações fundamentais inerentes à natureza do contrato, de tal modo que ameçar seu objeto ou equilíbrio contratual;
 - III- Se mostra excessivamente onerosa para o consumidor,

considerando a natureza e conteúdo do contrato, o interesse das partes e outras circunstâncias peculiares ao caso.”

Assim, tendo-se em mira os dispositivos legais supracitados e contrapondo-os à cláusula contratual do Estatuto da FAELCE, que limita a restituição, em caso de desligamento, a apenas uma percentagem do montante depositado pelo contribuinte, depreende-se claramente seu nítido caráter abusivo, posto que configura desvantagem exagerada e, portanto, excessivamente onerosa ao particular, que perderá parte dos valores descontados de seu próprio salário.

Nesse sentido é a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, *in verbis*:

RECURSO ESPECIAL. ENTIDADE DE PREVIDÊNCIA PRIVADA. DESLIGAMENTO. ASSOCIADO. RESTITUIÇÃO INTEGRAL DAS CONTRIBUIÇÕES PESSOAIS. ATUALIZAÇÃO MONETÁRIA. PRECEDENTES. SÚMULA 289/STJ.

1 - Consoante entendimento pacificado do STJ, é devida a restituição integral das contribuições vertidas pelo ex-associado à entidade de previdência complementar, por ocasião de seu desligamento, a partir de 1996 devidamente atualizadas mediante a utilização de índice de correção monetária que reflita a efetiva desvalorização da moeda (Súmula 289/STJ).

2 - A Segunda Seção entende que a retenção de 50% (cinquenta por cento) dos valores pagos pelo associado, conforme previsto no Regulamento da recorrente, é abusiva, por representar enriquecimento sem causa.

3 - Recurso especial não conhecido. (STJ, REsp 866185/SE, Min. Fernando Gonçalves, *DJe* 09/03/2009);

AGRAVO REGIMENTAL. PREVIDÊNCIA PRIVADA. DESLIGAMENTO DO ASSOCIADO. RESTITUIÇÃO INTEGRAL DAS CONTRIBUIÇÕES PESSOAIS. POSSIBILIDADE.

Segundo jurisprudência assente no âmbito desta Corte, é devida a restituição integral das contribuições recolhidas pelo ex-associado ao plano de previdência complementar, por ocasião de seu desligamento, ainda que o estatuto assim não preveja. Agravo improvido. (STJ, AgRg no Ag 981282/RJ, Min. Sidnei Beneti, *DJe* 23/05/2008).

De outra sorte, conquanto se reconheça aos associados o direito à restituição do total dos valores diretamente descontados de seus vencimentos, não se pode pretender, outrossim, a devolução da quantia depositada pela empresa patrocinante, haja vista que não foi descontada de seus próprios estípicos, não constituindo, portanto, salário indireto.

Sobre a questão, veja-se aresto do STJ, *in litteris*:

EMENTA: RECURSO ESPECIAL. PROCESSUAL CIVIL. LEI FEDERAL. OFENSA NÃO CONFIGURADA. PLANO DE PREVIDÊNCIA PRIVADA. DESLIGAMENTO. RESGATE DAS CONTRIBUIÇÕES. CABIMENTO. PARCELAS PAGAS PELA EMPRESA PATROCINANTE. DESCABIMENTO DA RESTITUIÇÃO. CORREÇÃO MONETÁRIA. JANEIRO DE 1989. IPC DE 42,72%.

Ofensa aos artigos 458, II, 165 e 535, I e II do CPC não configurada. Não é possível devolver o que não foi desembolsado pelo empregado. A devolução, efetivamente, só pode alcançar a parte que foi paga pelo empregado demitido e que interrompe o sistema de aposentadoria complementar. No caso, não se pode falar de salário indireto, à medida que o ingresso no plano é facultativo e que a poupança destina-se a uma complementação do valor da aposentadoria, para isso concorrendo o empregado diretamente, por sua livre e espontânea vontade.

A Corte Especial decidiu que o índice que reflete a real inflação do mês de janeiro de 1989 é o IPC de 42,72%.

Recurso especial parcialmente conhecido e, nessa extensão, provido. (REsp nº 148.902/RJ; Rel. Min. Cesar Asfor Rocha; Data do julgamento: 06.06.2000).

No que tange à correção monetária das parcelas restituíveis, é imprescindível a recomposição da desvalorização da moeda nacional, devendo-se aplicar o IPC para fins de correção, índice que reflete a real defasagem da moeda, consoante destacado pelo Tribunal da Cidadania, *ipsis verbis*:

PROCESSO CIVIL – RECURSO ESPECIAL - AGRAVO REGIMENTAL – PREVIDÊNCIA PRIVADA - DEVOLUÇÃO DE VALORES - CORREÇÃO MONETÁRIA DAS CONTRIBUIÇÕES - SÚMULA 289/STJ - DIVERGÊNCIA - SÚMULA 83/STJ – DESPROVIMENTO.

1 - Com relação à restituição das contribuições pagas pelo associado, quando do seu desligamento de entidade fechada de previdência complementar, esta Corte possui entendimento no sentido de que o beneficiário é titular de direito à devolução integral das contribuições pessoais.

2 - Quanto à forma de reajuste dos valores resgatados, o v. Acórdão recorrido encontra-se em conformidade com o entendimento adotado por esta Corte, no sentido de que o índice a ser aplicado, *in casu*, é o IPC, porquanto reflete a efetiva inflação verificada no período, ainda que as normas internas da entidade estabeleçam critério de atualização diverso, a teor do enunciado sumular nº 289/STJ. Aplicação da Súmula 83, desta Corte.

3 - Agravo regimental desprovido. (STJ, AgRg no REsp 799225/RS, Min. Jorge Scartezini, DJU 11.09.2006).

Em face do exposto, conheço da apelação interposta, para dar-lhe parcial provimento, reformando a sentença impugnada e condenando a apelada ao pagamento da diferença entre o valor efetivamente pago e a importância correspondente às contribuições pessoais integrais vertidas pelas demandantes, devidamente corrigida, com o acréscimo dos expurgos inflacionários, além de correção monetária dos valores encontrados em liquidação de sentença, pelo índice IPC.

Tocante aos juros de mora, quanto à condenação advinda do inadimplemento contratual, estes deverão incidir desde a citação (art. 219, CPC), 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 do 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.

Arbitro os honorários advocatícios em 10% (dez por cento) sobre o valor da condenação, a serem revertidos às apelantes, e considerando a sucumbência recíproca, em conformidade com a Súmula nº 306 do Superior Tribunal de Justiça, fixo o mesmo percentual a favor da parte recorrida, a ser incidido no montante em que as autoras sucumbiram sobre o pleito inicial.

Por serem as demandantes beneficiárias da justiça gratuita, a execução dos honorários há de observar o disposto no art. 12 da Lei nº 1.060/1950.

É como voto.

PROCESSO Nº 2005.0007.7618-3/0.

APELAÇÃO CIVEL.

APELANTE: COMPANHIA FERROVIÁRIA DO NORDESTE - CFN.

APELADOS: GENTIL DE SOUSA MAGALHÃES E OUTRO.

RELATOR: DESEMBARGADOR FERNANDO LUIZ XIMENES ROCHA..

EMENTA: DIREITO CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. INÉPCIA DA PETIÇÃO INICIAL. INEXISTÊNCIA. FATOS E FUNDAMENTOS JURÍDICOS DO PEDIDO DEVIDAMENTE ADUZIDOS. CRUZAMENTO DE LINHA FÉRREA COM VIA URBANA. SINALIZAÇÃO DEFICIENTE. VISIBILIDADE PREJUDICADA. NEGLIGÊNCIA DA COMPANHIA FERROVIÁRIA. ACIDENTE ENVOLVENDO AUTOMÓVEL E LOCOMOTIVA. VEÍCULO EM VELOCIDADE ACIMA DA PERMITIDA. EVENTO MORTE. RESPONSABILIDADE CIVIL CONSTATADA. CULPA CONCORRENTE. DANO MORAL OCACIONADO AOS PAIS DA VÍTIMA. INDENIZAÇÃO MINORADA PELA CULPA RECÍPROCA. DANOS MATERIAIS. DIREITO À PENSIONAMENTO. NECESSIDADE DE DEPENDÊNCIA ECONÔMICA. IMPOSSIBILIDADE DE PRESUNÇÃO POR NÃO SER A FAMÍLIA DE BAIXA RENDA. RECURSO CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO.

1. Não se apresenta inepta a petição inicial que expressamente dispõe sobre os fatos e fundamentos jurídicos do pedido.
2. Deve a companhia ferroviária manter visibilidade e sinalização adequadas em passagens de nível entre linha férrea e via urbana, ainda mais quando configurado tráfego intenso na localidade.
3. Em caso de colisão entre locomotiva e veículo de passeio, mesmo que o motorista deste esteja em velocidade acima da permitida, não se exime a

responsabilidade da empresa pelo evento danoso, tendo esta atuado culposamente de forma a contribuir para o acidente. Tal circunstância há de ser levada em consideração apenas no tocante à fixação do *quantum* indenizatório, a título de danos morais e materiais.

4. Dano extrapatrimonial verificado com a morte da filha dos autores, adequando-se a indenização arbitrada em primeira instância aos parâmetros do Superior Tribunal de Justiça.

5. Para o direito a pensionamento mensal, referente a verba alimentícia, devem os genitores da vítima comprovar a contribuição desta para o sustento da família, principalmente se o casal não for de baixa renda, quando haveria presunção desta peculiaridade.

6. Apelação conhecida e parcialmente provida.

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 apelação, **para dar-lhe parcial provimento**, de conformidade com o voto do Relator.

Fortaleza, 14 de setembro de 2009.

RELATÓRIO

Trata-se de apelação cível interposta por Companhia Ferroviária do Nordeste - CFN, em face de sentença proferida pelo Juízo da 22ª Vara Cível da Comarca de Fortaleza/CE, nos autos da Ação Indenizatória nº 2001.02.55642-3, movida por Gentil de Sousa Magalhães e sua mulher.

Na inicial, argumentaram os promoventes/apelados, em síntese, que a filha do casal faleceu em razão de acidente entre o veículo por aquela conduzido e locomotiva pertencente à empresa ré. Aduziram que na passagem de nível da linha férrea não havia sinalização adequada, cancela e avisos sonoros, como também a visibilidade estaria dificultada em razão da vegetação que encobria parte do local.

Contestação formulada às fls. 67-83, cujas razões imputam à vítima a exclusiva responsabilidade pelo evento danoso, já que era acostumada a transitar pelo local, e mesmo assim dirigia em alta velocidade seu automóvel, com os vidros levantados e o som do carro ligado, razão porque não teve tempo de frear ao perceber a passagem do trem.

Exaltou, ademais, que: a) a petição inicial estaria inepta, pois da narração dos fatos não decorreria logicamente a conclusão do pedido, ante a ausência de fundamentação do requesto, especialmente quanto à suposta culpa atribuída à promovida; b) a locomotiva não apresentava velocidade excessiva no momento do acidente; c) a visibilidade da pista não estava encoberta; d) a empresa não é obrigada a colocar cancelas e avisos sonoros em todas as passagens de nível, por questão de razoabilidade.

Procedida a instrução com a oitiva de provas testemunhais, o Magistrado *a quo* julgou parcialmente procedente a ação, condenando a empresa a pagar R\$ 30.000,00 (trinta mil reais), a título de indenização por danos morais, somada a uma pensão correspondente a 1/3 (um terço) do salário mínimo vigente, a ser paga mensalmente aos autores, a contar do momento da citação até a data em que a vítima completaria 65 (sessenta e cinco) anos de idade.

Insurgindo-se contra o decisório supra, reitera a apelante os fundamentos carreados na contestação (fls. 316-337), a fim de ser excluída a responsabilidade civil vislumbrada pelo Judicante singular.

Alternativamente, se mantida a condenação, pleiteia a redução do *quantum* indenizatório fixado a título de danos morais, por considerar excessivo o valor arbitrado em 1ª Instância, tendo em vista a concorrência de culpas.

De outro modo, alerta que o pensionamento mensal, concedido à razão de 1/3 (um terço) do salário mínimo, também não seria razoável, por não estar provado que os autores dependiam financeiramente da vítima.

Por fim, assevera que o percentual de honorários advocatícios restou fixado de maneira errônea, já que deferido em seu limite máximo, 20% (vinte por cento) sobre o valor da condenação, a par de haver sucumbência recíproca.

Os apelados formularam contrarrazões às fls. 341-9, pugnando pela manutenção do decisório atacado.

É o relatório.

Ao e. Revisor.

VOTO

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

Quanto à suposta inépcia da inicial arguida pela apelante, verifica-se que na vestibular foram descritas as condutas culposas omissivas e comissivas atribuídas à empresa, inexistindo a ausência de fundamentação alardeada pela recorrente, motivo pelo qual rejeito a questão prejudicial suscitada.

Para a comprovação da responsabilidade civil, apta a ensejar a condenação da companhia férrea a indenizar os autores/apelados por eventuais danos materiais e morais sofridos, faz-se mister a presença dos seguintes requisitos: conduta ilícita, dano e nexô causal.

Da documentação carreada aos autos, somada aos depoimentos testemunhais, depreende-se que o acidente em tela ocorreu em virtude de culpa recíproca da empresa ré e da vítima.

Inicialmente, constata-se a deficiência na sinalização da passagem de nível da linha férrea, por existir unicamente um aviso horizontal contendo as palavras “pare, olhe e escute”, consoante assevera o próprio maquinista do trem, Sr. Joseni Saldanha Vieira (fl. 124). Não havia, por conseguinte, cancela ou aviso sonoro.

Ainda que não seja razoável exigir da companhia que mantenha em todos os cruzamentos da linha cancelas e avisos sonoros, sendo o local de intensa movimentação, por estar em perímetro urbano e constituir parte integrante de rodovia estadual que interliga as cidades de Ipu, Varjota e Cariré, e a BR 222, que dá acesso a Sobral e Fortaleza, nesta situação a obrigatoriedade de sinalização ostensiva era manifesta, ante a probabilidade maior de ocorrência de incidentes.

De outro modo, conforme expôs o Magistrado singular, “a companhia postulada não cuidou de manter a devida visibilidade no espaço ou faixa de domínio que fixa ou demarca os limites dos trilhos e a propalada passagem de nível com a via asfáltica. É que, facilmente se vê por meio das fotografias 07, 08, 09 e 10 – fls. 39/40, que o nível da vegetação dificulta, quiçá impede que seja, de logo, vista a aproximação das máquinas de transporte ferroviário e dos respectivos comboios, até porque o condutor da locomotiva declarou em seu depoimento às fls. 123, que a densidade da vegetação no local, embora fosse de pequena monta, “embarça um pouco a visibilidade” (fl. 300).

Ademais, noticia o laudo elaborado pelo Instituto de Criminalística da Secretaria de Segurança Pública do Estado do Ceará “que a vegetação localizada na faixa de domínio que delimita os trilhos e a passagem de nível com a pista de rolamento, encontrava-se florida, devido a estação chuvosa, impedindo dessa forma boa visibilidade aos condutores dos veículos que trafegavam em ambos os sentidos, veja fotos 07, 08, 09 e 10, da aproximação de uma locomotiva, naquele trecho” (fl. 34).

Outrossim, questão abordada pelo Judicante monocrático restou inatacada pelo recurso apelatório, sobre a velocidade excessiva da composição ferroviária, que trafegava a aproximadamente 20 km/h (vinte quilômetros por hora), quando a máxima autorizada para perímetros urbanos e passagens de nível seria de apenas 5 km/h (cinco quilômetros por hora).

Restando incontestado, desta forma, a atuação culposa omissiva e comissiva da empresa ré, sem as quais o acidente provavelmente não ocorreria, discorro, agora, sobre a possibilidade de reciprocidade de culpas para o evento danoso, concorrendo a própria vítima para a consumação do acidente.

De acordo com as provas testemunhais, conclui-se que a motorista do veículo conduzia o automóvel em velocidade muito superior à permitida para a via.

Esta circunstância, contudo, não obstante tenha aumentado a probabilidade de ocorrência do infortúnio, não foi capaz, por si só, de causá-lo, já que sinalização e visibilidade adequadas poderiam alertar a vítima, levando-a a reduzir a velocidade imprimida.

Verificada a culpa recíproca, não se afasta a responsabilidade civil atribuída à companhia ferroviária, devendo-se, apenas, considerar esta atenuante quando da fixação do montante indenizatório.

Nesse diapasão, quanto ao valor arbitrado pelos danos morais, tenho que o importe de R\$ 30.000,00 (trinta mil reais), concedido pelo Magistrado *a quo* aos pais da falecida, nem de longe mostra-se exorbitante. 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);

1) 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).

Com efeito, ao conceder R\$ 30.000,00 (trinta mil reais) à família enlutada, equivalentes a 115 (cento e quinze) salários mínimos à época da sentença, certamente foi considerada a concorrência de culpas para o arbitramento da indenização, já que esta foi fixada em *quantum* deveras inferior aos parâmetros traçados pelo Superior Tribunal de Justiça.

Logo, o valor relativo à indenização por danos morais não deve ser revisto.

Sobre o pensionamento mensal, deferido à base de 1/3 (um terço) do salário mínimo, alega a recorrente que não foi comprovada a renda da vítima, nem mesmo se esta contribuía para a subsistência dos pais.

Quanto ao pleito em tela, prosperam as asserções da apelante. Para a configuração dos danos materiais, concernente ao direito a alimentos, faz-se imprescindível a dependência econômica daqueles que o pleiteiam.

Tratando-se de responsabilidade civil, pacificou-se na jurisprudência que a aludida dependência seria presumida quando a família do falecido fosse de “baixa renda”, quando a ela seria devida pensão baseada no salário mínimo vigente, se não certificada a renda da vítima.

Porém, na situação em apreço, não há nos autos qualquer comprovação de que os genitores da acidentada dela dependessem, ao menos em perspectiva. O pai da extinta, quando do infortúnio, era Prefeito do Município de Varjota/CE, com representação política reconhecida pela municipalidade, circunstância que leva a dedução de autossuficiência do casal.

No pleito inicial, ademais, não foi sequer justificado o pedido de pensão alimentícia, ante uma possível dependência financeira, requestando-a os autores como se esta fosse decorrência direta e automática da sentença que reconhecesse a responsabilidade extracontratual da empresa ré.

Com o mesmo entendimento, *in verbis*:

APELAÇÃO CÍVEL. RESPONSABILIDADE CIVIL. TRÂNSITO. COLISÃO ENTRE ÔNIBUS E MOTOCICLETA QUE TRANSITAVAM NA MESMA VIA URBANA, EM

SENTIDOS OPOSTOS. CONVERSÃO À ESQUERDA PELO ÔNIBUS COLETIVO. PRELIMINAR DE ILEGITIMIDADE PASSIVA. MORTE DA VÍTIMA QUANDO ESTAVA TRABALHANDO. RESPONSABILIDADE DO INSS. INOCORRÊNCIA. RESPONSABILIDADE CIVIL. EXEGESE DO ART. 159 DO CÓDIGO CIVIL DE 1916. PRELIMINAR AFASTADA. [...] Pensão mensal. Dependência econômica não comprovada - Indenização indevida - Recurso parcialmente provido. **“não é devida a indenização por danos materiais prevista no art. 1537, inc. II, do CC quando não ficar provada ou presumível for a contribuição da vítima para o sustento econômico do lar de seus genitores. Precedentes”**. (RESP 348.072/SP, Rel. Ministra Nancy Andrighi, 3. Turma, julgado em 03.12.2001, DJ 18.02.2002 p. 425) apelo 03 - Lide secundária - [...]. (TJ-PR; ApCiv 0401511-0; Camará; Quinta Câmara Cível; Rel. Des. Arquelau Araujo Ribas; DJPR 18/01/2008; Pág. 75 – destacou-se);

RESPONSABILIDADE CIVIL. ACIDENTE DE TRÂNSITO. MORTE DE MENOR - FILHO DOS AUTORES. SENTENÇA PENAL CONDENATÓRIA. DEVER DE INDENIZAR. APELO. 1. Danos materiais - Não comprovação da necessidade de pensão mensal. Dano moral - Adequação - Fixado em desconformidade com os princípios da proporcionalidade e razoabilidade. Majoração. Impossibilidade. Recurso desprovido 2. Carência de ação (autos 406/2005) falta de interesse de agir - Adequação - Cabimento. Autos 14/98 - Celebração de acordo - Extinção do processo em relação a um dos requeridos - Possibilidade - Solidariedade passiva - Existência - Condenação penal - Concorrência de culpas - Quitação parcial (50%) - Valor exacerbado - Ofensa aos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade redução. Juros moratórios - Termo a quo fixação do *quantum* - Recurso parcialmente provido. **1. É incabível a fixação de pensão mensal aos pais que não comprovem baixa renda.** [...] (TJ-PR; ApCiv 0373319-3; Curitiba; Quinta Câmara Cível; Rel. Des. Arquelau Araujo Ribas; DJPR 21/12/2007; Pág. 119 – destacou-se);

Tocante aos honorários advocatícios, em razão do afastamento da indenização por danos materiais fica caracterizada a sucumbência recíproca, com a conseqüente repartição dos ônus sucumbenciais, a ensejar a compensação da verba honorária.

Em face do exposto, conheço da apelação interposta, **dando-lhe parcial provimento**, para afastar a condenação ao pensionamento mensal, e determinar a compensação dos honorários advocatícios, mantendo incólume os demais termos da sentença recorrida.

É como voto.

REMESSA OFICIAL E APELAÇÕES CÍVEIS N. 2005.0008.8608-6/1,
ORIGINÁRIAS DA 2ª VARA DA FAZENDA PÚBLICA DA COMARCA
DE FORTALEZA

RELATOR: DESEMBARGADOR RÔMULO MOREIRA DE DEUS

APELANTE: ESTADO DO CEARÁ

APELADA: SARA CRISTINA CAVALCANTE GOMES

**EMENTA: CONSTITUCIONAL E PREVIDEN-
CIÁRIO. INCLUSÃO DO MARIDO COMO
DEPENDENTE DE SERVIDORA PÚBLICA
JUNTO À PREVIDÊNCIA SOCIAL.
LEGITIMIDADE PASSIVA DO ESTADO E DA
AUTARQUIA PREVIDENCIÁRIA. INTERESSE
DE AGIR MANIFESTO. DIREITO
DECORRENTE DO POSTULADO
ISONÔMICO. EXISTÊNCIA DE LEGISLAÇÃO
ESPECÍFICA A RESPEITO. PRECEDENTES.
HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. CUSTAS
PROCESSUAIS.**

1. A inscrição como dependente confere ao beneficiário a prerrogativa de acesso aos serviços essenciais de saúde e às prestações previdenciárias a cargo do Estado e do Instituto de Previdência, partes assim legitimadas para figurar no polo passivo da ação em que se pretende semelhante inclusão.

2. O interesse de agir decorre da pretensão resistida.

3. Homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, sendo inadmissível exigir-se apenas ao marido a comprovação de invalidez para fins de dependência previdenciária, agravando-lhe a situação com base em critério discriminatório incompatível com a igualdade jurídica plasmada na Constituição. Mormente quando a legislação de regência já superou o inaceitável *discrímen*, existindo disposições literais no ordenamento estadual a reconhecer a isonomia de tratamento entre os cônjuges, com vistas a conferir-lhes igualdade de condições para o acesso aos serviços essenciais de saúde e aos benefícios da previdência social, a teor da Lei Complementar n. 12/99 e Decreto

Estadual n. 25.821/2000. Posição invariável do Tribunal definida por iterativos precedentes.

4. Os honorários advocatícios, casos que tais, devem ser orçados com equidade e razoabilidade, reduzindo-os quando excessivos para adequá-los à singeleza da causa.

5. Indevida a condenação ao pagamento de custas processuais, ante a incidência de norma de isenção – Lei n. 12.381/94.

6. Reexame e apelos parcialmente providos, revista a verba honorária para reduzi-la, excluindo-se a condenação em custas processuais, mantida a sentença em seus demais termos.

7. Unanimidade.

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 reexame e dos recursos voluntários, provendo-os parcialmente para reduzir os honorários e excluir a condenação ao pagamento de custas processuais, na forma da lei isentiva, confirmada, em seus demais termos, a sentença proferida, na esteira do voto do Relator.

Fortaleza, 25 de maio de 2009.

RELATÓRIO

Sara Cristina Cavalcante Gomes, servidora pública, postulou e obteve judicialmente sentença garantindo-lhe a inscrição do marido como seu dependente junto ao Instituto de Previdência do Estado do Ceará (na atualidade ISSEC – Instituto de Saúde dos Servidores do Estado do Ceará), seguindo-se, daí, a interposição de recursos apelatórios manifestados pelo Estado (fls. 58-64) e pela autarquia previdenciária (fls. 66-74), além do reexame necessário por força do duplo grau de jurisdição obrigatório previsto no art. 475, inciso I, C.Pr.Civil.

O Estado do Ceará repete a tese malsucedida da contestação, pedindo a inversão do julgamento com base nas preliminares de carência de interesse processual e ilegitimidade passiva, impugnando, ainda, a fixação da verba honorária,

considerando-a exorbitante e sujeita a redução, a fim de adequá-la aos parâmetros do art. 20, §4º, C.Pr.Civil.

A sua vez, o IPEC também suscita a ilegitimidade passiva, alegando que não mais gerencia o sistema previdenciário do funcionalismo estadual, algo, hoje, atribuição da Secretaria de Planejamento e Gestão, a teor do disposto na Lei Complementar n. 62, de 14 de fevereiro de 2007. Ao mais, insiste na falta de comprovação da invalidez ou da dependência econômica do marido, requisitos exigíveis para a inscrição pretendida, nos termos do art. 7º, inciso I, da Lei n. 10.776/82.

Contra-razões ofertadas (fls. 76-81), autos no Tribunal, a Procuradoria Geral de Justiça opinou pela confirmação da sentença (fls. 93-99).

É o relatório.

VOTO

Conheço da remessa e dos recursos voluntários.

Descarto, de logo, as preliminares suscitadas, a começar pela suposta falta de legitimação para a causa.

Na relembração da melhor doutrina, a inscrição dos segurados e dependentes “é instrumento pessoal de qualificação que autoriza a utilização dos serviços ou a percepção de benefícios em dinheiro postos a sua disposição” (Carlos Alberto Pereira de Castro e João Batista Lazzari, *in* Manual de Direito Previdenciário, São Paulo: LTr, 2006, 7ª ed., p. 218).

Inegável, por conseguinte, a repercussão dos efeitos da sentença nos cofres públicos do Estado, por lhe correr, às claras e evidentemente, a obrigação de custear os benefícios previdenciários atuais e futuros, fato que o torna legitimado para figurar no polo passivo da demanda, circunstância de resto indiscutível porquanto a Secretaria de Planejamento e Gestão – órgão governamental do primeiro escalão administrativo – é quem gerencia a previdência do funcionalismo estadual, consoante ordenamento em vigor.

A pertinência subjetiva do IPEC, que passou a ser denominado ISSEC- Instituto de Saúde dos Servidores do Estado do Ceará, conforme a Lei n. 13.875, publicada em 07.02.07, decorre de sua competência para a prestação dos serviços de assistência à saúde dos servidores e seus dependentes.

Afasto a preliminar de ilegitimidade passiva, portanto.

Acerca da alegada ausência de interesse processual, o correto é rejeitá-la, por óbvio que o interesse de agir é consequência inelutável da manifesta resistência ao direito de inscrição do marido como dependente da servidora pública, segurada obrigatória.

Na diretiva, pronunciamento explícito deste Tribunal:

“[...] O interesse processual se evidencia pela resistência da inscrição do beneficiário, na condição de dependente da servidora” (TJCE, 4ª Câmara Cível, Embargos Declaratórios 2007.0017.4334-0/3, Relator Des. Lincoln Tavares Dantas, j. 01.04.09).

Superadas as preliminares, a matéria em discussão já está definida no âmbito desta Corte, cuja posição é firme e reiterada no sentido da não recepção do art. 7º, inciso I, da Lei Estadual n. 10.776/82, certo que o *discrímen* imposto pela norma local é incompatível com o preceito igualitário entre homens e mulheres, não cabendo distingui-los para fins de benefícios previdenciários e prestações assistenciais à saúde, porquanto de caráter constitucional a igualdade de direitos consagrada nos arts. 3º, inciso IV e 5º, inciso I, da Constituição Federal.

No entendimento do Supremo, convém rememorar, “afronta o princípio constitucional da isonomia lei que exige do marido, para fins de recebimento de pensão por morte da mulher, a comprovação de estado de invalidez” (RE 414.263, Relator Ministro Carlos Britto, Primeira Turma, j. 10.02.2009), inadmissível, por semelhante razão, exigir-se apenas ao homem tal comprovação para fins de dependência previdenciária em relação à sua mulher, agravando-lhe a situação com base em critério diferenciado inconciliável com a igualdade jurídica entre os sexos plasmada na Constituição.

Cumpra assinalar, ainda, que há dispositivo local específico para a inclusão de maridos de servidoras públicas como pretendentes beneficiários de pensão, sendo de consignar-se que a Lei Complementar n. 12/99, que trata do Sistema Único de Previdência Social dos servidores públicos do Estado do Ceará não faz qualquer distinção entre o marido ou a mulher, reportando-se tão-somente ao cônjuge supérstite, em consonância com o tratamento igualitário preconizado pelo art. 201, inciso V, da Constituição Federal.

Além disso, o Decreto Estadual n. 25.821/2000 também atribui ao cônjuge supérstite a condição de dependente do segurado ou segurada, presumindo a sua dependência econômica em disposição literal, o que torna insubsistente a discriminação injustificada em desfavor do marido, dificultando-lhe o acesso aos benefícios e prestações assistenciais da previdência social.

Na esteira dessa orientação consolidou-se a jurisprudência das Câmaras Cíveis deste Tribunal, qual se pode constatar dos arestos paradigmáticos a seguir referidos:

“EMENTA: AGRAVO DE INSTRUMENTO. DIREITO

CONSTITUCIONAL. DIREITO ADMINISTRATIVO. SERVIDOR(A) PÚBLICO ESTADUAL. INSCRIÇÃO. ISSEC. FINS ASSISTENCIAIS À SAÚDE. MARIDO. POSSIBILIDADE. NÃO RECEPÇÃO DO INCISO I, DO ART. 7º, DA LEI ESTADUAL N. 10.776/82. APLICAÇÃO DO INCISO I, DO ART. 5º DA CF/88. I- É devida a inclusão do cônjuge da agravada como seu dependente para fins médicos-hospitalares. II- A Constituição Federal no seu inciso I, do art. 5º garante a plena igualdade entre os homens e mulheres. III- Recurso conhecido e improvido.” (AI 2008.0004.0074-9/0, 1ª Câmara Cível, Relator Des. Ermani Barreira Porto);

“EMENTA: CONSTITUCIONAL. PREVIDENCIÁRIO. INSCRIÇÃO DE MARIDO COMO DEPENDENTE DE SERVIDORA PÚBLICA ESTADUAL. ART. 7º, I DA LEI ESTADUAL N. 10.776/82. PRECEDENTES. O Tribunal de Justiça do Estado do Ceará já se manifestou reiteradamente acerca do tema firmando entendimento de que o art. 201 da Carta Magna não recepcionou o art. 7º, I, da Lei Estadual n. 10.776/82 que condiciona a inscrição do marido de servidora pública estadual à prova de dependência econômica, por entender tratar-se de decisão que afronta a isonomia instituída como princípio constitucional. Agravo conhecido e improvido.” (AI 2008.0007.4668-8/0, 2ª Câmara Cível, Relatora Des. Gizela Nunes da Costa);

“EMENTA: PREVIDENCIÁRIO. INSCRIÇÃO. DEPENDENTE. MARIDO. INVALIDEZ. REQUISITO LEGAL. INCONSTITUCIONALIDADE. ISONOMIA. APLICABILIDADE. O STF decidiu, no RE 385.397/MG, que viola o princípio da isonomia lei que exige do marido, para fins de recebimento de pensão por morte da mulher, a comprovação da condição de invalidez. Presença dos requisitos autorizadores da antecipação de tutela. Recurso não provido.” (AI 2008.0022.9229-3/0, 3ª Câmara Cível, Relator Des. José Arísio Lopes da Costa);

“EMENTA: CONSTITUCIONAL. PREVIDENCIÁRIO. AGRAVO INOMINADO CONTRA DECISÃO MONOCRÁTICA QUE AUTORIZA INSCRIÇÃO DE MARIDO COMO DEPENDENTE DE SERVIDORA PÚBLICA JUNTO

AO IPEC (ISSEC). VALIDADE. DECRETO ESTADUAL N. 25.821/2000. SEGURIDADE SOCIAL. ART. 194, CF. MANUTENÇÃO DA MONOCRÁTICA. Definindo o art. 194, da Carta Política, a seguridade social como um conjunto integrado de ações de iniciativa dos Poderes Públicos e da sociedade, destinadas a assegurar os direitos relativos à saúde, à previdência e à assistência social, financiada por uma fonte única de custeio, incabível dissociar essas ações, sob pena de incorrer em bitributação. A inscrição de marido de segurada como dependente não transgride qualquer norma constitucional; o contrário implicaria em distinção entre homem e mulher, e, atualmente, é amparada pelo que disciplinam os arts. 6º e 7º, do Decreto Estadual n. 25.821/2000. Agravo conhecido mas improvido.” (AgRg 2007.0017.4334-0/1, 4ª Câmara Cível, Relator Des. Lincoln Tavares Dantas).

Os precedentes colacionados exaurem o assunto, dispensando maiores divagações a respeito, merecendo ser confirmada a sentença no tópico em que determinou a inclusão do marido como dependente previdenciário de sua mulher, servidora pública e segurada obrigatória.

No tocante às verbas da sucumbência, devem ser revistos os honorários arbitrados pelo Juiz *a quo* em R\$ 2.000,00 (dois mil reais). Excessivos a meu sentir, fixo-os em R\$ 1.000,00 (mil reais), valor que atende à razoabilidade e equidade, além de estar em consonância com o grau de zelo do profissional, a singeleza da causa e os esforços despendidos para o seu êxito.

Em reexame necessário, devo excluir da condenação as custas processuais, conforme posição unânime desta Turma, reconhecendo a isenção legalmente conferida ao Estado e ao IPEC, a teor do art. 10, inciso I, da Lei Estadual n. 12.381/94 (Regimento de Custas do Estado do Ceará). Nesse sentido: Apelação Cível n. 2000.0127.2188-4/1, Relator Des. Antônio Abelardo Benevides Moraes, j. 26.05.08.

Ante o expendido, conheço do reexame e dos recursos voluntários, provendo-os parcialmente para reduzir os honorários ao importe de R\$ 1.000,00 (mil reais), excluindo a condenação ao pagamento de custas processuais, na forma da lei isentiva, mantida, em seus demais termos, a sentença proferida.

É como voto.

Fortaleza, 25 de maio de 2009.

NÚMERO DO PROCESSO: 2005.0011.1356-0/1 M E T A 02 - CNJ
TIPO DO PROCESSO: REEXAME NECESSÁRIO E APELAÇÃO CÍVEL
EM AÇÃO ORDINÁRIA DE OBRIGAÇÃO DE FAZER PRECEDIDA DE
AÇÃO CAUTELAR INOMINADA PREPARATÓRIA.
ORIGEM : 7ª VARA DA FAZENDA PÚBLICA DA COMARCA DE
FORTALEZA-CE
RECORRENTE: JUIZ DE DIREITO DA 7ª VARA DA FAZENDA PUBLICA
DA CAPITAL
APELANTE/PROMOVIDO: ESTADO DO CEARÁ
APELADO/PROMOVENTE: JOÃO ALBERTO MENDES BEZERRA
JÚNIOR
APELADA/ASSISTENTE LITISCONSORCIAL: VALÉRIA MORAES
LOPES E SILVA
LITISCONSORTES PASSIVOS NECESSÁRIOS: FRANCISCO
ANASTÁCIO CAVALCANTE NETO E OUTROS (FLS.. 377/379)
ÓRGÃO JULGADOR: TERCEIRA CÂMARA CÍVEL
RELATOR: DES. CELSO ALBUQUERQUE MACÊDO

EMENTA: REEXAME NECESSÁRIO. APELAÇÃO CÍVEL. CONCURSO PÚBLICO. REVISÃO DE PROVAS. QUESTÕES PRÉVIAS: ASSISTÊNCIA LITISCONSORCIAL (INGRESSO APÓS O DEFERIMENTO DA LIMINAR AO ASSISTIDO. BURLA AO PRINCÍPIO DO JUIZ NATURAL. NÃO CABIMENTO DA ASSISTÊNCIA. EXTINÇÃO DO FEITO SEM JULGAMENTO DE MÉRITO); LITISCONSÓRCIO PASSIVO NECESSÁRIO (INEXISTÊNCIA DE COMUNHÃO DE INTERESSES. MERA EXPECTATIVA DE DIREITO À NOMEAÇÃO. CITAÇÃO DOS DEMAIS CANDIDATOS. DESNECESSIDADE. NÃO FORMAÇÃO); AUSÊNCIA DE INTERVENÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO (INTIMAÇÃO REGULAR. NULIDADE NÃO CONFIRMADA. PRELIMINAR AFASTADA). MÉRITO: ARREDONDAMENTO DE NOTAS. IMPOSSIBILIDADE. PRECEDENTES DO STF, STJ E DESTA TRIBUNAL DE JUSTIÇA.

REMESSA NECESSÁRIA E APELAÇÃO CONHECIDAS E PROVIDAS.

1. Trata-se de REMESSA OBRIGATÓRIA (fl. 300) e de APELAÇÃO (fls. 305/313), esta apresentada, tempestivamente, pelo ESTADO DO CEARÁ, em face da sentença de fls. 260/300, proveniente do juízo da 7ª VARA DA FAZENDA PÚBLICA, que, decidindo conjuntamente, julgou PROCEDENTES a AÇÃO CAUTELAR PREPARATÓRIA (volume I) e a AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER (volumes II, III e IV), tornando definitiva a liminar outrora deferida na cautelar, e decretando, na ação principal, “.. a invalidade do ato administrativo que redundou na reprovação dos autores JOÃO ALBERTO MENDES BEZERRA JÚNIOR e VALÉRIA MORAES LOPES E SILVA no Concurso Público de Provas e Títulos para provimento e Formação de Cadastro de Reserva de Cargos de Juiz Substituto de Primeira Entrância do Estado do Ceará,..., observada a pontuação mínima para aprovação na prova de sentença criminal – P3, no caso, 5,00 (cinco) pontos, ..., CONDENANDO o ESTADO DO CEARÁ a incluí-los na relação geral de classificação final, sem adoção de qualquer critério discriminatório em relação aos demais candidatos, de modo que possam ser nomeados e empossados em estrita obediência à referida ordem de classificação.” (fls. 298/299 – grifamos).

2. Infere-se dos autos que os apelados, em não tendo obtido notas suficientes na prova subjetiva de sentença penal (P3), ou seja, o mínimo de 5,00 (cinco) pontos necessários, segundo as regras editalícias, ao alcance das demais fases do concurso (quais sejam, as provas oral e de títulos), e vencida, sem êxito, a fase recursal administrativa, foram eliminados do certame, motivo pelo qual ingressaram judicialmente visando à continuação no páreo em questão, tendo, o juízo monocrático, sob o pálio da ilegalidade da reprovação, acatado o pleito, liminarmente e em sede de antecipação

da tutela na sentença, cuja suspensividade, aqui renovada pelo apelante, por ele lhe foi negada (ver despacho à fl. 315).

3. **QUESTÕES PRELIMINARES:** Por força do art. 560, do CPC, impõe-se a análise, além dos pressupostos de admissibilidade do recurso de apelação, das questões prévias ao mérito da demanda suscitadas de ofício por este Relator, face ao reexame necessário da decisão recorrida e, ainda, por revolverem matérias de ordem pública.

4. O ingresso da apelada VALÉRIA MORAES LOPES E SILVA no curso da cautelar preparatória movida (apenas) por JOÃO ALBERTO MENDES BEZERRA JÚNIOR, como sua assistente litisconsorcial - ocorrido, repita-se, somente após o deferimento da medida liminar favorável ao citado candidato - seguido, *ipso facto*, da principal àquela naturalmente conexa por acessoriedade e sucessividade (art. 108, c/c o art. 800, ambos do CPC), além de incabível à espécie, à minguia de interesses jurídico, viola o princípio do juiz natural (art. 5º, XXXVII e LIII, CF/88) e o inciso II, do art. 253, do CPC, na medida em que a recorrida, nesta demanda, lançando mão do instituto da assistência, renovou, na verdade, pedido lançado, há pouco, em ação autônoma, da qual desistiu após denegada a liminar lá pretendida, conduta essa que denota burla à distribuição regular. **EXTINÇÃO DO PROCESSO, SEM JULGAMENTO DE MÉRITO**, em relação à citada apelada, excluindo-a, portanto, da lide, nos termos da fundamentação supra e do art. 267, VI e § 3º, do CPC, restando automaticamente cassados os efeitos da antecipação da tutela outrora concedida.

5. É dispensável a citação de concursandos como litisconsortes necessários, eis que os candidatos, mesmo aprovados, não titularizam direito líquido e certo à nomeação. **PRELIMINAR REJEITADA.**

6. Quanto à nulidade do feito por ausência de intervenção do Ministério Público Estadual, vale frisar que, em todas as etapas do processo, houve o

pronunciamento do *parquet* (fls. 216/250-vol. I; 232/246; 320/321), muito embora, à exceção do derradeiro parecer (fls. 331/337), no sentido da ausência de interesse público a justificar a intervenção ministerial, conduta essa que encontra respaldo na jurisprudência do STF (REsp 198.292/DF, Rel. Ministro JOSÉ ARNALDO DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 05/10/1999, DJ 08/11/1999 p. 89). *Ad argumentandum*, mesmo que concluíssemos pela obrigatoriedade da efetiva intervenção ministerial em primeira instância, tal omissão restaria plenamente suprida pelo parecer lançado às fls. 331/337 (vol. III) dos autos, à luz da jurisprudência dominante na citada Corte (REsp 221.962/BA, Rel. Ministro HUMBERTO GOMES DE BARROS, TERCEIRA TURMA, julgado em 18/03/2004, DJ 12/04/2004 p. 204). PRELIMINAR DE NULIDADE NÃO ACOLHIDA.

7. MÉRITO: Vencidas as questões prévias, analisemos o mérito da remessa necessária e da apelação, o qual se circunscreve à possibilidade de serem revistas, em sede judicial, as provas de candidato reprovado em concurso público.

8. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça, seguida integralmente pelas Câmaras Cíveis Reunidas deste Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, consolidou-se no sentido de que é impossível ao Poder Judiciário “*apreciar o conteúdo de questões de concurso público para avaliar os seus critérios de correção*” (STF, AgRg no RE 526.600/SP, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, julgado em 12.06.2007, DJU 03.08.2007), excetuando-se, apenas, “... *o controle do Poder Judiciário de vícios formais relativos à própria legalidade de atos praticados no certame, como a formulação de questões sem a correspondente previsão editalícia, ou, ainda, quando se mostre teratológica, a ponto de impossibilitar o candidato de responder a questão aplicada em prova do concurso.*” (TJ/CE, Câmaras Cíveis Reunidas, Embargos Infringentes em

Apelação Cível em Ação Ordinária, Rel. Des. RAUL ARAÚJO FILHO, DJ/CE 30/10/2009).

9. Tal balizamento jurisprudencial visou à preservação do princípio da legalidade (art. 37, *caput*, da CF/88), no tocante ao respeito à legislação regulamentadora do concurso público, e da isonomia (art. 5º, *caput*, da CF/88), garantindo-se tratamento igualitário entre os candidatos dentro de um mesmo certame, evitando-se, assim, o arredondamento de nota para certo concorrente (hipótese dos autos) em detrimento de outro candidato, que eventualmente não haja ingressado em juízo para questionar a nota a ele atribuída.

10. Os pontos de insurgência suscitados na inicial, pelo recorrido, acima vertidos, no meu sentir, são afeitos aos critérios de correção da banca examinadora do concurso, atraindo, *ipso facto*, a impossibilidade jurídica do pedido de revisão pelo Poder Judiciário e a análise de seus fundamentos, uma vez que se tratam de questões pertinentes ao mérito administrativo, sendo tal prerrogativa exclusiva da Administração Pública, sob pena de violação, inclusive, do princípio constitucional da separação dos poderes.

11. De outra banda, não logrou, o apelado-promovente, em demonstrar que houve qualquer ilegalidade ou teratologia na condução do certame, tampouco que tenha sido violada alguma das regras estabelecidas no edital que disciplinou o concurso, capazes de autorizar em tese a revisão judicial, nos termos da jurisprudência dominante.

12. *Ad argumentandum tantum*, situação diversa haveria se o apelado tivesse requerido na inicial e o juiz *a quo* deferido, liminarmente e na sentença, a revisão da prova de sentença penal (P3) pela própria banca examinadora do certame, com a motivação das razões do indeferimento. E, mesmo assim, o Judiciário estaria adstrito ao exame da legalidade, traduzido na averiguação se a administração procedera (ou não) à correção da prova do candidato-litigante, possibilitando-o o conhecimento dos erros eventualmente cometidos,

assim considerados pelos componentes da banca.

13. Todavia, tal hipótese diverge – sobremaneira - da presente, onde o apelado pleiteou, com sucesso em primeira instância, o arredondamento de sua nota, na prova de sentença penal (P3), para 5,00 (cinco), com a garantia de, uma vez aprovado nas demais fases do certame, ser classificado, nomeado e empossado no cargo de Juiz de Direito Substituto de Primeira Entrância deste TJ/CE, segundo a ordem de classificação (ver pedido – fl. 26).

14. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO, COM O REEXAME DA DECISÃO RECORRIDA. SENTENÇA REFORMADA. MEDIDAS DE URGÊNCIA CASSADAS. ÔNUS SUCUMBENCIAIS INVERTIDOS E RATEADOS.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acorda a TURMA JULGADORA DA TERCEIRA CÂMARA CÍVEL DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO CEARÁ, exercendo o reexame obrigatório da decisão recorrida, **(I)** em conhecer, por unanimidade de votos, da remessa necessária e da apelação; **(II)** PRELIMINARMENTE, por unanimidade, em extinguir o processo, sem julgamento de mérito, em relação à apelada VALÉRIA MORAES LOPES E SILVA, excluindo-a, portanto, da lide, nos termos do art. 267, VI e § 3º, do CPC; em rejeitar a formação do litisconsórcio passivo necessário (e, sucessivamente, da assistência litisconsorcial) requerido pelos demais concursados, bem como em afastar a nulidade do feito por ausência de intervenção do *parquet* em primeira instância; **(III)** finalmente, NO MÉRITO, por unanimidade de votos, em conhecer e dar provimento à apelação, com a reforma integral da sentença para julgar improcedente a demanda, restando cassados os efeitos das medidas de urgência deferidas pelo juízo *a quo* e invertidos os ônus sucumbenciais, a serem rateados entre os apelados, tudo nos termos do voto do Relator, que faz parte desta decisão.

RELATÓRIO

Trata-se de REMESSA OBRIGATÓRIA (fl. 300) e de APELAÇÃO (fls. 305/313), esta apresentada, tempestivamente, pelo ESTADO DO CEARÁ,

em face da sentença de fls. 260/300, proveniente do juízo da 7ª VARA DA FAZENDA PÚBLICA, que, decidindo conjuntamente, julgou PROCEDENTES a AÇÃO CAUTELAR PREPARATÓRIA (volume I) e a AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER (volumes II, III e IV), tornando definitiva a liminar outrora deferida na cautelar, e decretando, na ação principal, “... a invalidade do ato administrativo que redundou na reprovação dos autores **JOÃO ALBERTO MENDES BEZERRA JÚNIOR** e **VALÉRIA MORAES LOPES E SILVA** no Concurso Público de Provas e Títulos para provimento e Formação de Cadastro de Reserva de Cargos de Juiz Substituto de Primeira Entrância do Estado do Ceará, ..., observada a pontuação mínima para aprovação na prova de sentença criminal – P3, no caso, 5,00 (cinco) pontos, ..., **CONDENANDO o ESTADO DO CEARÁ a incluí-los na relação geral de classificação final, sem adoção de qualquer critério discriminatório em relação aos demais candidatos, de modo que possam ser nomeados e empossados em estrita obediência à referida ordem de classificação.**” (fls. 298/299 - grifamos).

Sob a mesma pena, determinou, o juízo *a quo*, em sede de TUTELA ANTECIPADA da obrigação de fazer, “... a inclusão dos nomes dos promoventes na relação geral de classificação final, sem adoção de qualquer critério distintivo em relação aos demais candidatos, de modo que possam ser nomeados e empossados ao alcançarem a classificação exigida, observada a pontuação mínima para aprovação na prova de sentença criminal – P3 - , no caso 5,00 (cinco) pontos, ..., bem como a estrita ordem decrescente das notas finais,...”, com previsão de *astreintes*, em caso de descumprimento do *decisum*, além dos ônus sucumbenciais de praxe em ambos os processos, a serem suportados pelo ente público (fls. 299/300).

A presente lide, segundo historiam as partes, gravita em torno do concurso para ingresso na magistratura estadual, objeto do EDITAL Nº 172/2004/TJCE, para provimento de 25 (vinte e cinco) vagas de juízes e formação de cadastro de reserva para fins de aproveitamento dentro do prazo de validade do certame em alusão, composto de quatro etapas, sendo as três primeiras de caráter eliminatório e classificatório e a última, apenas classificatório, a saber: prova objetiva; provas subjetivas (sentença cível + sentença penal + três questões de direito civil e/ou penal); prova oral; e avaliação de títulos.

Infere-se dos autos que os apelados, em não tendo obtido notas suficientes na prova subjetiva de sentença penal (P3), ou seja, o mínimo de 5,00 (cinco) pontos necessários, segundo as regras editalícias, ao alcance das demais fases do concurso (quais sejam, as provas oral e de títulos), e vencida, sem êxito, a fase recursal administrativa, foram eliminados do certame, motivo pelo qual

ingressaram judicialmente visando à continuação no páreo em questão, tendo, o juízo monocrático, sob o pálio da ilegalidade da reprovação, acatado o pleito, liminarmente e em sede de antecipação da tutela na sentença, cuja suspensividade, aqui renovada pelo apelante, por ele lhe foi negada (ver despacho à fl. 315).

APELAÇÃO: O Estado do Ceará defende a reforma integral da sentença e, *ipso facto*, a improcedência da demanda, haja vista **(I)** que o edital é a lei informadora do concurso, a cujas normas estão submetidos a administração pública e os certamistas, estes desde a inscrição até a finalização do concurso, sendo defeso qualquer tratamento diferenciado contra as disposições ali expressas, enquanto corolários dos princípios elementares do direito administrativo; **(II)** que a banca examinadora segue critérios objetivos de correção, inclusive em relação às provas discursivas, segundo as normas previamente fixadas no edital, com vistas especialmente à garantia da legalidade e da igualdade entre os participantes; **(III)** que os apelados JOÃO ALBERTO MENDES BEZERRA JÚNIOR e VALÉRIA MORAES LOPES E SILVA obtiveram, respectivamente, na prova subjetiva P3 (sentença penal), o resultado final de 4,44 e 4,11 pontos; **(IV)** que em não tendo, os recorridos, alcançado o mínimo de 5,00 (cinco) pontos para avançarem às demais fases do concurso, conforme previsto no subitem 11.5.3.4 do prelado edital, deu-se a eliminação de tais candidatos; **(V)** que as provas foram objetiva e devidamente analisadas pela banca examinadora segundo planilha de avaliação única para todos os candidatos e critérios previstos no edital (item 11.5 e subitens), de forma a gerar um modelo ideal de texto acerca do assunto tratado, reduzindo-se, assim, a discricionariedade da correção, assegurando-se, portanto, a isonomia; **(VI)** que os recursos administrativos, apresentados pelos ora apelados, foram respondidos de forma fundamentada; **(VII)** que, à míngua de pontuação (nota) suficiente à permanência no páreo, os apelados acionaram o Judiciário alegando suposta irregularidade na correção de sua sentença penal (P3), notadamente quando confrontadas a de outros supostos paradigmas; **(VIII)** que, à luz dos princípios norteadores da administração pública, da jurisprudência e da doutrina dominantes, é vedada a aferição judicial do conhecimento dos candidatos inscritos em concurso público, excetuando-se apenas as hipóteses de manifesta ilegalidade ou de abuso de poder, estranhas ao caso em apreço; **(IX)** que, a despeito disso, o juízo monocrático imiscuiu-se no mérito administrativo, matéria reservada à discricionariedade da banca examinadora, substituindo esta ao arredondar as notas dos recorridos para o mínimo necessário de 5,00 (cinco) pontos, garantindo-lhes, assim, a continuação no certame, alterando, portanto, a avaliação da prova discursiva para aprovar candidatos outrora eliminados pela administração pública; **(X)** que a nota final da prova discursiva corresponde ao somatório das notas atribuídas a vários quesitos lançados numa planilha de

correção, cujo somatório se dá por meio óptico-eletrônico; **(XI)** que o critério editalício (subitem 11.5.3.4.), afeito à eliminação do certamista que obtiver nota inferior a 5,00 (cinco) pontos em qualquer parte das provas discursivas, deve ser rigorosamente observado e acatado, mesmo que ínfima a diferença necessária ao alcance de tal média-padrão, sob pena de vulneração do princípio da igualdade; **(XII)** que a sentença hostilizada gerou um precedente diferenciado para apenas dois candidatos em detrimento dos demais, fazendo o interesse público curvar-se ao particular, em flagrante inversão dos valores que informam a administração pública, *in casu*, o concurso público, especialmente, os princípios constitucionais da legalidade e da isonomia; **(XIII)** por fim, requer a suspensão da antecipação da tutela, com o provimento da apelação e a conseqüente improcedência dos pedidos formulados pelos apelados, invertendo-se os ônus sucumbenciais.

CONTRA-RAZÕES À APELAÇÃO: Denegada, pelo juiz *a quo*, a suspensividade requerida pelo ente público, os apelados foram notificados para contra-arrazoarem o apelo estatal, impugnando-o da seguinte forma, a saber: preliminarmente, **(I)** que os efeitos da tutela antecipada devem ser mantidos, por força do art. 520, VII, do CPC, bem como a própria sentença, vez que proclamada dentro das normas legais, doutrinárias e jurisprudenciais atinentes ao caso *sub oculi*, além de presentes os requisitos autorizadores da medida de urgência; **(II)** que não houve substituição da banca examinadora pelo Judiciário, na medida em que foram impugnados, na verdade, “*atos administrativos ilegais*” (fl. 318), traduzidos na retirada indevida de pontos quando da correção, pela banca, de suas sentenças penais (P3), tendo o juízo monocrático coibido apenas tal ilegalidade, reinserindo-os no páreo, mediante a elevação de suas notas para os 5,00 (cinco) pontos necessários à ultrapassagem para as fases seguintes do concurso; **(III)** finalmente, pugnam pela manutenção da sentença e de seus efeitos antecipatórios, com a procedência da demanda.

Ato contínuo, após a manifestação do *parquet* em primeira instância (fls. 320/321), os autos foram encaminhados a esta Corte de Justiça, ocasião em que foram distribuídos por PREVENÇÃO, em 11/08/2005, à então Relatora Des. Maria Celeste Thomaz Aragão (fl. 327), que, por sua vez, os encaminhou à Procuradoria-Geral de Justiça, retornando a este Sodalício com parecer circunstanciado e favorável ao improvimento da remessa obrigatória e do recurso voluntário (fls. 331/337), momento em que foi lançado o relatório de fls. 339/343.

LITISCONSÓRCIO PASSIVO NECESSÁRIO: Nesse momento, 17 (dezesete) aprovados no concurso em alusão requereram vista dos autos e, em seqüência, protocolizaram a petição de fls. 377/397, requerendo, *ab initio*, a sua admissão na condição de litisconsortes passivos necessários e, sucessivamente, na de assistentes litisconsorciais. Sustentam que, se procedente o pleito dos

apelados, com a confirmação do arredondamento de suas notas, alterada estará “..a ordem de classificação definitiva do concurso, passando eles à frente de muitos outros candidatos, dentre os quais os requerentes.” (fl. 380).

Diante disso, a solução final da quizila poderá repercutir na esfera jurídica de todos os candidatos, impondo-se, portanto, a aceitação do postulado litisconsórcio, de cunho unitário, sob pena de nulidade do feito, à luz do entendimento do STJ, que transcreve.

Registram, os pretensos litisconsortes, que os recorridos não buscam, nesta ação, o direito à comprovação de requisito editalício apenas no ato da posse, objeto da decisão monocrática de fls. 371/373, por eles acostada. Naquele exemplo, o litisconsórcio foi rejeitado pelo Douto Des. Haroldo Rodrigues por ausência de interesse processual, dada a inexistência de repercussão dos efeitos de tal *decisum* na classificação final do concurso, vez que afeitos à posse, portanto, a momento posterior a relação derradeira, caso diverso do presente.

Após defenderem a formação do litisconsórcio, requerem, preliminarmente, a nulidade do feito por fraude à distribuição e a conseqüente exclusão da apelada VALÉRIA MORAES LOPES E SILVA, que aqui habilitou-se na condição de assistente litisconsorcial do autor JOÃO ALBERTO (fls. 61/74), ocasião em que os efeitos da liminar, há pouco deferida ao citado candidato, foram-lhe integralmente estendidos (fls. 155/158), em flagrante violação ao princípio do juiz natural e ao inciso II, do art. 253, do CPC, no dizer dos postulantes.

Sustentam que o ingresso da citada candidata apenas se deu após vencida em seu pleito antecipatório manejado noutra ação autônoma (fls. 414/447), da qual desistiu (fl. 448), tendo sido aceita irregularmente nesta lide ainda na cautelar.

Requerem, outrossim, a nulidade do feito por ausência de intervenção do Ministério Público Estadual em primeira instância, com base nos artigos 84 e 246, do CPC, na medida em que, no entender dos postulantes e ao contrário do que informou o *parquet*, a causa atrai relevante interesse público, não podendo a manifestação do Procurador de Justiça de fls. 331/337 suprir a omissão primeira, sob pena de violação do princípio do promotor natural e de supressão de instância. Outrossim, que os pareceres acostados pelos promotores de justiça não passam pelo crivo do art.136, do Código do MPE/CE (Lei N° 10.675/82), notadamente por lhes faltar inequívoca identificação e fundamentação pertinente à matéria tratada nos autos.

Defendem, ainda, a impossibilidade de concessão de antecipação de tutela satisfativa em desfavor do poder público, consubstanciados no art. 1º e parágrafos, da Lei N° 8.437/92, e no artigo 1º, da Lei N° 9.494/97, de constitucionalidade já confirmada pelo STF, quando do julgamento da Medida

Cautelar na ADC N° 04, especialmente em razão do caráter satisfativo da tutela antecipada pelo juízo *a quo*.

Finalmente, refutam a incursão do Judiciário na análise do mérito administrativo, vez que cabe somente à administração o exame dos critérios subjetivos de formulação das provas e de atribuição das notas aos candidatos, sendo defeso ao juiz substituir a banca examinadora para atribuir notas em concursos públicos, competindo-lhe, tão somente, a análise da legalidade do certame, sob ponto de vista estritamente objetivo, sob pena de vulneração do princípio da reserva legal.

Sustentam, ademais, que a conduta adotada pelo juízo *a quo* afasta-se do posicionamento jurisprudencial majoritário do STJ e do STF, além de violar os princípios da isonomia e da impessoalidade, haja vista que o magistrado singular, quando da análise das provas e da atribuição das notas aos apelados, já sabia, de antemão, de quem se tratava, ao contrário dos demais 380 (trezentos e oitenta) candidatos, os quais foram avaliados por examinadores que desconheciam completamente as suas identidades (fl. 391/392).

Finalmente, requerem, após o prequestionamento dos diversos tópicos listados à fl. 396, a nulidade do feito e, alternativamente, a reforma integral do *decisum* monocrático.

IMPUGNAÇÃO DOS APELADOS AO LITISCONSÓRCIO: Prosseguindo, às fls. 461/479, os apelados impugnam a formação do pretenso litisconsórcio passivo necessário pleiteado pelos demais candidatos do concurso em testilha, à míngua de interesse jurídico destes, por possuírem apenas, até a homologação do certame, mera expectativa de direito, sendo igualmente incabível a assistência, seja na modalidade simples ou litisconsorcial.

De outra banda, defendem a regularidade do ingresso, no curso da cautelar preparatória iniciada tão somente pelo apelado JOÃO ALBERTO MENDES BEZERRA JÚNIOR, da recorrida VALÉRIA MORAES LOPES E SILVA, na qualidade de assistente litisconsorcial daquele, tendo a esta demanda somente aderido após vencida em seu pedido de distribuição por dependência formulado em anterior ação autônoma (Proc. 2005.0008.0760-7/0), equivocadamente denegado pelo Juiz Distribuidor, no seu entender.

Insurgem-se contra a alardeada violação do art. 253, II, do CPC, e ao princípio do juiz natural, haja vista não se tratar, a hipótese, de *litisconsórcio ativo facultativo posterior*, mas, sim, de *assistência litisconsorcial*, verdadeiro incidente processual, que não se confunde com renovação de ação anterior proposta. E, ainda, que se violação houve, esta se deu em desfavor da recorrida, por afronta ao inciso I, do citado art. 253, quando do indeferimento do seu pedido de distribuição por dependência, em razão da conexão havida entre a sua ação

autônoma e a do apelado JOÃO ALBERTO MENDES BEZERRA JÚNIOR.

Refutam, ademais, a pretensa nulidade do feito por ausência de manifestação do *parquet*, haja vista a existência, sim, de parecer ministerial pela desnecessidade de atuação do Ministério Público neste feito, além do poder supletivo do parecer exarado pelo Procurador de Justiça nesta instância *ad quem* (fls. 331/337).

Advogam, ainda, pela possibilidade de concessão de tutela antecipada contra o poder público dada a natureza não satisfativa da liminar proferida em sede de ação cautelar, preparatória à presente ação principal e nela confirmada, bem como pela improcedência da pretensa incompetência do juízo por ato de Desembargador, na medida que a ação foi intentada contra o Estado do Ceará, tendo aquele apenas sido notificado da liminar deferida em primeira instância.

Finalmente, defendem o controle da legalidade dos atos da banca examinadora pelo Poder Judiciário, com vistas a adequá-los aos parâmetros da razoabilidade e da proporcionalidade, com a conseqüente manutenção da sentença objurgada.

PRIMEIRO JULGAMENTO *AD QUEM* (ACÓRDÃO FLS. 496/514): Numa primeira assentada, esta Câmara Cível, às fls. 496/514, resolveu, por unanimidade, em CONHECER DA APELAÇÃO DO ESTADO DO CEARÁ e da REMESSA OFICIAL, dando PARCIAL PROVIMENTO ao apelo,....

1º JULGAMENTO – 3ª CÂMARA – 06/11/2006 (fls. 496/514)
REL.: DES. MARIA CELESTE THOMAZ ARAGÃO
“...excluindo da lide a candidata VALÉRIA MORAIS LOPES E SILVA e determinando à Banca Examinadora do concurso público de Juiz Substituto do Estado do Ceará o reexame da avaliação de sentença criminal do candidato JOÃO ALBERTO MENDES BEZERRA JÚNIOR, a fim de que seja procedida a correção do domínio da modalidade escrita, com a pertinente apreciação dos critérios discriminados no item 11.5.3.1, “b”, do edital – acentuação, grafia, pontuação, concordância, regência, morfossintaxe, propriedade vocabular, translineação etc – bem como seja atribuída a devida pontuação ao item 2.5 da citada prova.” (fl. 498 – sic).

Além disso, decidiu, preliminarmente, esta Terceira Turma, à época, pela rejeição do pedido de nulidade do processo por ausência de citação dos demais candidatos aprovados no concurso público para o cargo de Juiz Estadual, não se tratando, a hipótese, de litisconsórcio necessário, nos termos do art. 47, do CPC, vez que a sentença não afetou a esfera jurídica dos demais concorrentes (fl. 503).

Igualmente, quanto à ausência de intervenção do Ministério Público

no 1º grau de jurisdição, entendeu, esta Corte, naquele julgamento pródromo, que o pronunciamento feito pelo *parquet*, nesta instância *ad quem*, sem argüir qualquer nulidade ou prejuízo, supriu tal omissão, restando afastada a pretensa nulidade processual (fl. 503).

Outrossim, a exceção de suspeição argüida por VALÉRIA MORAES LOPES E SILVA, até então assistente litisconsorcial, em relação à Des. Relatora do feito, foi julgada, pela própria Câmara, extemporânea, nos termos do art. 138, § 1º, do CPC (fl. 503).

Finalmente, antes de adentrar ao mérito, decidiu, este Colegiado, conforme acima transcrito, pela exclusão da litisconsorte VALÉRIA MORAES LOPES E SILVA, por entender incabível a sua intervenção, na condição de assistente litisconsorcial, feita após o deferimento da medida liminar favorável ao autor-apelado JOÃO ALBERTO MENDES BEZERRA JÚNIOR, sob pena de violação do princípio do juiz natural, com a ressalva de que a interveniente já tinha manejado outra ação similar (fls. 414/437).

Diante do acórdão exarado por esta Câmara às fls. 496/514, foram interpostos 03 (três) EMBARGOS DE DECLARAÇÃO, respectivamente (em ordem de protocolo), pela interveniente-apelada (VALÉRIA); pelo autor-apelado (JOÃO ALBERTO); e, finalmente, pelo réu-apelante (ESTADO DO CEARÁ), os quais desaguarão nas mãos deste Relator, em razão da remoção da Douta Relatora (fl. 547), seguindo-se aos procedimentos de estilo o julgamento de tais recursos.

SEGUNDO JULGAMENTO AD QUEM - EMBARGOS DE DECLARAÇÃO (ACÓRDÃO FLS. 592/602): Importante registrar que o mencionado acórdão proferido por esta 3ª Câmara Cível, ainda sob a condução da Relatoria anterior, foi ANULADO em recente assentada, pelo atual colegiado, que acordou

2º JULGAMENTO – 3ª CÂMARA – 16/03/2009 (fls. 592/602)
REL.: DES. CELSO ALBUQUERQUE MACÊDO

“...em CONHECER dos 03 (três) embargos de declaração interpostos pelas partes e em DAR PARCIAL PROVIMENTO aos declaratórios apresentados por VALÉRIA MORAES LOPES E SILVA (fls. 516/527), atribuindo-lhes efeitos infringentes, para ANULAR o acórdão embargado, desde a primeira sessão, por afronta ao art. 555, § 3º, do CPC e ao art. 5º, LV, da CF/88, dada a ausência de regular publicação do julgamento do feito em pauta, bem como por inobservância aos artigos 265, III, e 306, todos do CPC, c/c o art. 34, II, “p”, do COJEC, que regulamenta o processamento da exceção de suspeição oposta contra membro desta Corte, tudo nos termos do voto do Relator, que faz parte

integrante desta decisão, restando prejudicada a análise dos demais temas suscitados pela primeira embargante e, em sua totalidade, a apreciação dos embargos de declaração opostos por JOÃO ALBERTO MENDES BEZERRA JÚNIOR (fls. 529/538) e pelo ESTADO DO CEARÁ (fls. 554/556), devendo os autos serem novamente processados e julgados, observando-se a obrigatoria inclusão do processo em pauta de julgamento e a respectiva publicação.”

Sem oposição de quaisquer recursos, quer pelos litigantes, quer pelos terceiros interessados (certidão – fl. 609), os autos vieram-me conclusos, para que novo julgamento fosse proferido por esta Câmara.

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

VOTO

QUESTÕES PRELIMINARES:

Por força do art. 560, do CPC, impõe-se a análise, além dos pressupostos de admissibilidade do recurso de apelação, das questões prévias ao mérito da demanda suscitadas de ofício por este Relator, face ao reexame necessário da decisão recorrida e, ainda, por revolverem matérias de ordem pública.

1. DOS PRESSUPOSTOS DE ADMISSIBILIDADE RECURSAL:

CONHEÇO da REMESSA NECESSÁRIA (fl. 300), com fundamento do art. 475, I, do CPC, e do RECURSO DE APELAÇÃO interposto pelo Estado do Ceará (fls. 305/313), por observar presentes os pressupostos extrínsecos e intrínsecos de admissibilidade (cabimento, legitimidade recursal, interesse recursal, tempestividade, regularidade formal, inexistência de fato impeditivo ou extintivo do poder de recorrer), ressaltando que, quanto ao preparo, o apelante é isento, nos termos do § 1º, do art. 511, do CPC.

2. DA APELADA E ASSISTENTE LITISCONSORCIAL VALÉRIA MORAES LOPES E SILVA:

Em sede de REEXAME OBRIGATÓRIO, impõe-se a análise da admissibilidade do ingresso, na condição de assistente litisconsorcial, da apelada

VALÉRIA MORAES LOPES E SILVA, ocorrido às fls. 61/74 dos autos da ação cautelar preparatória (Proc. Nº 2005.0008.3987-8/0 - fl. 02/vol. I) à presente lide principal (Proc. 2005.0011.1356-0/0 - fl. 02/vol. II), integralmente aceita pelo juiz singular às fl. 155/158 (vol. I), o qual, sob a mesma pena, estendeu à citada candidata os efeitos da liminar há pouco deferida ao também recorrido JOÃO ALBERTO MENDES BEZERRA JÚNIOR, autor da mencionada cautelar, habilitando-a a participar das demais fases do certame em debate, muito embora reprovada pela banca examinadora (fl. 158).

Ademais, trata-se de QUESTÃO DE ORDEM PÚBLICA, vez que afeita às condições da ação (art. 267, VI e § 3º, do CPC), podendo ser conhecida de ofício pelo Judiciário, a qualquer tempo ou grau de jurisdição, conforme se vê, *mutatis mutandis*, no julgado proveniente do STJ, a saber:

“PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. ASSISTÊNCIA LITISCONSORCIAL. PRECLUSÃO.

1. A decisão embargada deixou assentado que a admissibilidade do pedido de assistência litisconsorcial não se submete ao instituto da preclusão, por força do contido no artigo 267, § 3º, do Código de Processo Civil, pois, por ser matéria de ordem pública, pode ser conhecida a qualquer tempo e em qualquer grau de jurisdição.

2. Pode o ente público, que tenha participado da relação processual como recorrente, funcionar no processo como assistente litisconsorcial do recorrido, conforme dispõe o art. 5º, § 2º, da Lei nº 7.347/85.

3. Impossibilidade de serem acolhidos embargos de declaração que reiteram a fundamentação dos interpostos anteriormente.

4. Em face da evidente e notória temeridade na interposição de segundos embargos de declaração com a repetição dos mesmos argumentos já rechaçados por este Tribunal, deve ser aplicada multa.

5. Embargos de declaração rejeitados, com aplicação de multa”.

(Grifamos)

(EDcl nos EDcl no REsp 768.642/SP, Rel. Ministro CASTRO MEIRA, SEGUNDA TURMA, julgado em 07/02/2008, DJ 20/02/2008 p. 128)

Historiando-se os autos, verificamos que:

(I) primeiramente, a ora apelada VALÉRIA MORAES LOPES E SILVA protocolizou, individualmente, em 19/04/2005, AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER (Proc. Nº 2005.0008.0760-7/0 – fl. 413/vol. IV), com pedido de distribuição por dependência à AÇÃO CAUTELAR PREPARATÓRIA (Proc. Nº 2005.0008.3987-8/0 – fl. 02/vol. I), interposta, autonomamente, no dia anterior (18/04/2005), pelo também recorrido JOÃO ALBERTO MENDES BEZERRA JÚNIOR;

(II) em 20/04/2005, o então Juiz-Distribuidor e ora Desembargador Francisco Sales Neto, ao denegar a distribuição por dependência, ordenou, ato contínuo, a distribuição do feito “...por sorteio, evitando, dessa forma, a escolha do juízo por parte do requerente.” (fl. 438/vol. IV), ocasião em que os autos seguiram ao *Juiz de Direito da 4ª Vara da Fazenda Pública*, o qual, de imediato, refutando igualmente a conexão, indeferiu a tutela antecipada específica a permitir a continuidade da candidata VALÉRIA no concurso da magistratura em questão (fls. 442/447-vol. IV), sem insurgência da demandante, tanto em relação à denegação da distribuição por dependência, quanto da liminar;

(III) em seguida, precisamente em 22/04/2005, a candidata VALÉRIA MORAES protocolizou pedido de desistência naquela demanda (Proc. Nº 2005.0008.0760-7/0 - fl. 448/vol. IV), habilitando-se, concomitantemente, como assistente litisconsorcial, à cautelar preparatória à presente lide (Proc. Nº 2005.0008.3987-8/0 – fl. 61/74-vol. I), ocasião em que os efeitos da liminar, já deferida - desde 19/04/2005 - ao autor da mencionada cautelar e ora também apelado JOÃO ALBERTO (fls. 53/57), foram-lhe integralmente estendidos, nos termos da decisão de fls. 155/158 (vol. I), lavrada, vale dizer, na mesma data (22/04/2005);

(IV) finalmente, em 23/05/2005, ambos (JOÃO ALBERTO e VALÉRIA) interpuseram a presente demanda principal (AÇÃO ORDINÁRIA DE OBRIGAÇÃO DE FAZER - Proc. 2005.0011.1356-0/0 - fl. 03-verso/vol. II), distribuída, por prevenção legal (art. 800, CPC), ao Juiz de Direito da 7ª Vara da Fazenda Pública, ora recorrente (reexame necessário), a quem coube, por distribuição automática, o conhecimento da mencionada cautelar preparatória à época, inicialmente manejada por JOÃO ALBERTO, à qual, repita-se, VALÉRIA aderiu.

Feitas tais considerações, no meu sentir, o ingresso da apelada VALÉRIA no curso da cautelar preparatória movida (apenas) por JOÃO ALBERTO, como sua assistente litisconsorcial - ocorrido, repita-se, somente após o deferimento da medida liminar favorável ao citado candidato - seguido, *ipso facto*, da principal àquela naturalmente conexa por acessoriedade e sucessividade (art. 108, c/c o art. 800, ambos do CPC), além de incabível à espécie, viola o princípio do juiz natural (art. 5º, XXXVII e LIII, CF/88) e o inciso II, do art. 253, do CPC, na medida em que a recorrida, nesta demanda, lançando mão do instituto da assistência, renovou, na verdade, pedido lançado, há pouco, em ação autônoma, da qual desistiu após denegada a liminar lá pretendida, conduta essa que denota burla à distribuição regular.

Vejamos como se posiciona do Superior Tribunal de Justiça, *in verbis*:

“RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA. REMOÇÃO DE ESTAÇÕES RÁDIO BASE - ERB’S. PODER DE POLÍCIA DA ADMINISTRAÇÃO. VIOLAÇÃO AO DEVIDO PROCESSO LEGAL. INOCORRÊNCIA. ASSISTENTE LITIS-CONSORCIAL. FORMAÇÃO APÓS A LIMINAR. IMPOSSIBILIDADE.

I - O Tribunal *a quo* concedeu segurança parcial para que as estações rádio-base instaladas de acordo com as regras locais que vigiam à época de sua instalação, e que portanto foram licenciadas, tanto pela ANATEL quanto pelo governo do Distrito Federal, permanecessem intactas, enquanto as não autorizadas fossem retiradas.

II a VII – *Omissis*.

VIII - Quanto ao recurso da GLOBAL VILLAGE TELECOM LTDA - GVT, observa-se possível a assistência litisconsorcial ativa no mandado de segurança, entretanto, verificado que existe pelo assistente uma pretensão ao direito material do processo, a formação do litisconsórcio ativo, no mandado de segurança, somente poderá surgir até o deferimento da liminar, mesmo que ainda não tenham sido prestadas as informações. Tal vedação busca a salvaguarda do princípio do juiz natural, tendo em vista que o litisconsorte facultativo poderá, em tese, se beneficiar com o conhecimento da posição tomada pelo julgador, mesmo no âmbito transitório da liminar. Assim, verificado que a recorrente somente pleiteou a sua entrada no feito após a concessão da liminar, tem-se incabível o pleito. Precedente: REsp nº 111.885/PR, Rel. Min. LAURITA VAZ, DJ de 18.02.2002, p. 281.

IX - Recursos ordinários improvidos.” (Destaques não originais) (RMS 22.885/DF, Rel. Ministro FRANCISCO FALCÃO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 18/12/2007, DJe 17/04/2008)

Vale registrar, em razão dos argumentos lançados às fls. 468/474 (vol. IV), que cabia à candidata VALÉRIA insurgir-se, nos autos de sua ação individual (Proc. Nº 2005.0008.0760-7/0 – fl. 413/vol. IV), à época, contra a negativa da conexão exarada pelo então *Juiz Distribuidor* (fl. 438/vol. IV) e ratificada, em seguida, pelo *Juiz de Direito da 4ª Vara da Fazenda Pública* (fl. 444/vol. IV) antes de denegar antecipação da tutela, sendo-lhe defeso suscitar, neste processo, a pretendida violação ao inciso I, do art. 253, do CPC, supostamente ocorrida em lide diversa, onde já se operou, inclusive, a preclusão lógica, decorrente da voluntária desistência do feito pela autora, aqui apelada (fl. 448/vol. IV), devidamente homologada por aquele juízo (fl. 452/vol. IV).

Filio-me, nesse particular, ao magistério dos festejados processualistas *Nelson Nery Júnior e Rosa Maria de Andrade Nery*, in *Código Civil Comentado*, RT, 4ª edição, 2006, p. 494, ao analisarem o art. 253, II, do CPC, *in litteris* (grifos nossos):

“6. Distribuição por dependência. Desistência. Repropositura da ação. A norma determina seja feita a distribuição por dependência, quando se tratar de repropositura da ação cujo processo tenha sido extinto anteriormente por desistência (CPC 267 VIII). Mesmo que o autor desista da ação, o juízo para o qual foi distribuída a ação extinta continua competente para processar e julgar a mesma ação quando for reproposta, ainda que o autor venha acompanhado de outros litisconsortes ou que aumente ou diminua a causa de pedir ou o pedido. A Lei 11280/06 acrescentou às circunstâncias anteriormente previstas: a) a reiteração da ação, depois de a mesma ação haver sido objeto de processo extinto sem resolução de mérito; b) a alteração parcial dos réus da demanda. A regra visa coibir expediente muito utilizado no foro brasileiro, de desistir-se da ação quando não se consegue, por exemplo, medida liminar (antecipatória, cautelar ou preventiva). Pelo espírito da norma, devem ser equiparadas à desistência as atitudes do autor que implicarem abandono da causa ou inércia (CPC 267 II e III). Com o advento da Lei 11280/06, qualquer que tenha sido a causa da extinção do processo sem resolução do mérito (todos os caso do CPC 267), essa situação implica a distribuição, por dependência, da mesma ação reproposta posteriormente.”(Grifamos)

E acrescentam:

“7. Litisconsórcio facultativo ulterior. Proibição. A norma pretende coibir, também, outro expediente ilegal utilizado na praxe forense, que é o de serem ajuizadas várias ações individuais, com a causa de pedir e pedido idênticos. Naquelas em que o autor não obtiver a liminar, há desistência, caso em que os desistentes pleiteiam ingressar na ação como litisconsortes facultativos ulteriores na ação onde a liminar foi deferida, a fim de se beneficiarem da liminar concedida. Esse procedimento ofende a garantia do juiz natural (CF 5º XXXVII e LIII), pois permite a parte “escolher” o juiz que lhe convém, além de ferir o sistema processual, que não admite o litisconsórcio facultativo ulterior. ...”.

Ad argumentandum, ainda que superada a ofensa à garantia do juiz natural, impõe-se a apreciação, *in casu*, do cabimento da assistência litisconsorcial, matéria de ordem pública afeita às condições da ação, abrangida, igualmente, pelo reexame necessário.

Ainda citando Nelson Nery Junior, *in Teoria Geral dos Recursos*, RT, 6ª edição, p. 311:

“Em suma, o terceiro legitimado a recorrer é aquele que tem interesse jurídico em impugnar a decisão, não um mero interesse de fato ou econômico. O requisito do interesse jurídico é o mesmo exigido para que alguém ingresse como assistente no processo civil (CPC art. 50). Decorre daí que somente aquele terceiro que poderia haver sido assistente (simples ou litisconsorcial) no procedimento de primeiro grau é que tem legitimidade para recorrer como terceiro prejudicado.” (Grifamos)

Quanto ao prefalado interesse jurídico, ensinam-nos os prefalados doutrinadores¹:

“3. Intesse jurídico. Somente pode intervir como assistente o terceiro que tiver interesse jurídico em que uma das partes vença a ação. Há interesse jurídico do terceiro quando a relação jurídica da qual seja titular possa ser reflexamente atingida pela sentença que vier a ser proferida entre assistido e parte contrária. Não há necessidade de que o terceiro tenha, efetivamente, relação jurídica com o assistido, ainda que isto ocorra na maioria dos casos. (...). O interesse meramente econômico ou moral não enseja a assistência, se não vier qualificado como interesse também jurídico.” (Grifos não originais)

Especificamente quanto aos requisitos necessários à habilitação do terceiro como assistente litisconsorcial, assim leciona o citado processualista²:

“A lide discutida em juízo é também do assistente litisconsorcial. A sentença atingirá diretamente a relação jurídica que o assistente litisconsorcial tem com a parte contrária ao assistido. São requisitos para a admissão do assistente litisconsorcial: a) haja processo pendente entre duas ou mais pessoas; b) o direito discutido em juízo diga respeito ao assistente; c) possa o assistente ter sido litisconsorte facultativo da parte assistida desde o início do processo; d) haja relação jurídica entre o assistente e o adversário do assistido; e) a sentença haja de influir diretamente (e não reflexamente) nessa relação jurídica; f) ainda exista litispendência (sentença ou acórdão ainda não transitado em julgado).” (Grifos nossos)

Com efeito, diante de tais ensinamentos doutrinários, entendemos que falece à apelada, mesmo que afastada a burla ao princípio da livre distribuição, corolário do princípio do juiz natural, o interesse jurídico necessário à sua habilitação neste processo, nos termos exigidos pelo artigo 50 (*interesse em que a sentença seja favorável a uma das partes*) e pelo artigo 54 (*toda vez que a sentença influir na relação jurídica existente entre o terceiro assistente e o adversário do assistido*), ambos do CPC.

As situações jurídicas aqui tratadas são diversas e autônomas, sem qualquer interdependência, sendo de clareza meridiana que cada recorrido busca direito próprio, por mais assemelhados que sejam os bens da vida em litígio. O concurso é o mesmo; porém, os candidatos (aqui apelados) e, em seqüência, as provas e as respectivas correções constituem fatos absolutamente diversos.

Parafraseando a indagação lançada pelo preclaro Juiz-Distribuidor à fl. 438/vol.IV, “*Que diferença fará ao julgamento da demanda se o processo for distribuído por sorteio?*”, questiono: Que diferença fará à apelada/assistente VALÉRIA a procedência ou a improcedência do pleito do apelado/assistido JOÃO ALBERTO? *Permissa venia*, a resposta é nenhuma.

Mesmo que se constate, quando da análise do mérito a seguir, qualquer ilegalidade ou teratologia que autorize a intervenção do Poder Judiciário na correção da prova do apelado JOÃO ALBERTO, ainda assim, tal reforma não influiria, mesmo que reflexamente, no pleito da assistente VALÉRIA, por se tratarem de provas diversas, com conteúdos e insurgências igualmente dessemelhantes, muito embora realizadas dentro de um mesmo certame e sob o olhar da mesma banca examinadora.

Tanto é verdade que, na inicial da ação principal, os autores cuidaram de apresentar, individualmente, os pontos supostamente vulnerados pela banca, quando da correção de suas respectivas sentenças penais (ver fls. 12/26), o que demonstra, à saciedade, que se tratam de demandas independentes e autônomas.

Diante do exposto, exercendo o reexame necessário da sentença, voto pela extinção do processo, sem julgamento de mérito, em relação à apelada VALÉRIA MORAES LOPES E SILVA, excluindo-a, portanto, da lide, nos termos da fundamentação supra e do art. 267, VI e § 3º, do CPC, restando automaticamente cassados os efeitos da antecipação da tutela outrora concedida.

3. DOS DEMAIS CANDIDATOS APROVADOS (fls. 377/397

– vol. III):

Conforme relatado, habilitaram-se no feito, antes do primeiro julgamento da apelação, 17 (dezessete) aprovados no concurso público em questão, postulando as suas admissões a este juízo *ad quem* na condição de litisconsortes passivos necessários (e, sucessivamente, na de assistentes litisconsorciais – fl. 383/vol. III), nos termos dos artigos, 46, 47 e 54, todos do CPC, sob pena de nulidade do feito, na medida em que, se confirmado, neste Tribunal, o arredondamento das notas em favor dos apelados, alterada estará “*..a ordem de classificação definitiva do concurso, passando eles à frente de muitos outros candidatos, dentre os quais os requerentes.*” (fl. 380).

Destaco que a jurisprudência reiterada do Superior Tribunal de Justiça dispensa a mencionada providência, consoante se infere dos seguintes julgados:

“PROCESSUAL CIVIL. CONCURSO PÚBLICO. EXPECTATIVA DE DIREITO. LITISCONSÓRCIO NECESSÁRIO. NÃO FORMAÇÃO.

1. A mera expectativa de direito de participação em fase posterior de concurso público não caracteriza litisconsórcio necessário, em conformidade com entendimento firmado nas Turmas componentes da Terceira Seção desta Corte. Precedentes.

2. Agravo regimental improvido.” (AgRg no REsp 895.943/CE, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 03/03/2009, DJe 30/03/2009)

“É dispensável a citação de concursandos como litisconsortes necessários, eis que os candidatos, mesmo aprovados, não titularizam direito líquido e certo à nomeação” (RMS 13.858/MG, 6ª Turma, Rel. Min. Hamilton Carvalhido, DJ de 22.9.2003).” (STJ, Primeira Turma, RMS 13.173/MG, Rel. Min. Denise Arruda, julgado em 19.06.2007, DJU 02.08.2007.)

“AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO DE INSTRUMENTO. ADMINISTRATIVO. CONCURSO PÚBLICO. DEMAIS CANDIDATOS APROVADOS. CITAÇÃO. ART. 47 DO CPC. DESNECESSIDADE. AUSÊNCIA DE COMUNHÃO DE INTERESSES. PRECEDENTES.

1. Esta Casa firmou orientação no sentido de ser desnecessária a citação dos demais candidatos aprovados no certame, para a formação de litisconsórcio passivo, quando não há comunhão de interesses entre estes e o litigante. Ademais, cumpre ter presente o entendimento de que o candidato que logrou aprovação em concurso público possui mera expectativa de direito à nomeação.

2. Agravo regimental improvido.” (STJ, Sexta Turma, AgRg no Ag 730.025/RJ, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, julgado em 17.05.2007, DJU 04.06.2007.)

“ADMINISTRATIVO. CONCURSO PÚBLICO. CANDIDATO. LITISCONSÓRCIO PASSIVO NECESSÁRIO. INEXISTÊNCIA. CITAÇÃO. DESNECESSIDADE. É desnecessária a citação de todos os demais candidatos a concurso público como litisconsortes passivos necessários, por não haver entre eles comunhão de interesses, vez que os eventuais aprovados no certame possuem mera expectativa de direito, não incidindo sobre eles os efeitos jurídicos da decisão proferida. Precedentes do STJ. Agravo regimental desprovido.” (STJ, Quinta Turma, AgRg no REsp 860.090/AL, Rel. Min. Félix Fischer, julgado em 27.02.2007, DJU 26.03.2007.)

O Tribunal Pleno desta Corte, à luz dos excertos transcritos, assim se posicionou:

“Antes de adentrar no exame do mérito, mostra-se imperiosa a análise da preliminar suscitada pela autoridade impetrada, pertinente à existência, na espécie, de litisconsórcio passivo necessário, com os demais candidatos aprovados no certame. Data máxima venia, não merece prosperar tal alegação.

É que, como bem tem entendido o C. Superior Tribunal de Justiça, os candidatos aprovados em concursos públicos não têm direito subjetivo à nomeação, mas apenas expectativa de direito. Logo, desnecessária se mostra a intervenção processual dos demais participantes do concurso em tela, já que a respectiva decisão não interferirá diretamente na esfera jurídica dos demais examinandos, conforme se exemplifica através do aresto, cuja ementa abaixo se transcreve:

AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO ESPECIAL. PROCESSO CIVIL. ADMINISTRATIVO. CONCURSO PÚBLICO. MANDADO DE SEGURANÇA. LITISCONSÓRCIO PASSIVO NECESSÁRIO. CITAÇÃO.

1. Segundo precedentes, em tema de mandado de segurança impetrado contra atos que regem concursos públicos, não há necessidade de serem citados os demais candidatos aprovados, pois estes detêm mera expectativa de serem nomeados.

2. Agravo regimental improvido. (STJ. AgRg no REsp 848.857/AL, Rel. Ministro PAULO GALLOTTI, SEXTA TURMA, julgado em 19.04.2007, DJ 21.05.2007 p. 634)

Ademais, a formação litisconsorcial vai de encontro ao princípio da celeridade e economia processual, erigidos à categoria de garantia constitucional, através da edição da EC n. 45/04 (CF, art. 5º, inc. LXXVII). Rejeita-se, portanto, essa preliminar.” (TJ/CE, Tribunal Pleno, MS nº 2007.0021.2557-7/0, Rel. Des. RAUL ARAÚJO FILHO, julgado em 13/03/2008, DJE 21/05/2008).

Desse modo, em harmonia com a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, seguida pelo plenário deste Tribunal, rejeito a formação do pretense litisconsórcio (e, pelos mesmos argumentos, da assistência litisconsorcial), afastando, *ipso facto*, a preliminar de nulidade do feito (letra “a” - fl. 396/vol. III), porquanto desnecessária a citação destes e de todos os demais candidatos do concurso *sub oculi* como litisconsortes passivos necessários ou assistentes litisconsorciais, restando prejudica a apreciação da impugnação apresentada por tais certamistas.

4. DA NULIDADE DO FEITO POR AUSÊNCIA DE INTERVENÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO EM PRIMEIRA INSTÂNCIA.

Vale frisar, de logo, que em todas as etapas do processo houve a intimação e o pronunciamento do *parquet* (fls. 216/250-vol. I; 232/246; 320/321), muito embora, à exceção do derradeiro parecer (fls. 331/337), no sentido da ausência de interesse público a justificar a intervenção ministerial.

Convém lembrar que o art. 246, do CPC, exige a intimação do Ministério Público *a acompanhar o feito em que deva intervir*, sob pena de nulidade, o que não se confunde com obrigatoriedade de emissão de parecer, conforme bem explicitado pelo jurista Pedro da Silva Dinamarco, *in* Código de Processo Civil Interpretado, Ed. Atlas, 3ª ed., p. 728, *in litteris*:

“Entretando, se intimado para praticar o ato, o Ministério Público mantiver-se inerte, não há que se reconhecer qualquer vício. Afinal, o que enseja nulidade é a falta de intimação, não a ausência de intervenção, conforme entendimento doutrinário (cf. Nery, Código de Processo Civil Comentado, p. 716; e Sálvio de Figueiredo Teixeira, Prazos e nulidades em processo civil, p. 60).” (Grifamos)

No mesmo sentido, posiciona-se o Superior Tribunal de Justiça, *in verbis* (destaques não originais):

“AÇÃO CIVIL PÚBLICA. IDEC. INTERESSES INDIVIDUAIS HOMOGENEOS.CADERNETAS DE POUPANÇA. JANEIRO DE 1989. UNIFORMIZAÇÃO DE JURISPRUDÊNCIA.

2. Intimado o Ministério Público na instância ordinária, que entendeu não ser caso de manifestação específica ante a ausência de relação de consumo, não há falar em nulidade decorrente da não intervenção do *parquet*.”. (REsp 175288/SP, Rel. Ministro CARLOS ALBERTO MENEZES DIREITO, TERCEIRA TURMA, julgado em 26/03/2002, DJ 18/11/2002 p. 209)

“RECURSO ESPECIAL. ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. CONCURSO PÚBLICO. ANULAÇÃO DE ITEM DE EDITAL. CRITÉRIO DE CORREÇÃO DE PROVA. INTERVENÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO. ART. 82, III, CPC. FALTA DE INTERESSE PÚBLICO. FALTA DE FUNDAMENTAÇÃO QUANTO A DETERMINADAS VIOLAÇÕES ALEGADAS. QUESTÃO EXAMINADA FRENTE À LEGISLAÇÃO LOCAL. FALTA DE INDICAÇÃO QUANTO À ALÍNEA “B”.

Os recorrentes não fundamentaram coerentemente o apelo com relação à alínea “b”, III, art. 105 da CF.

Impossibilidade de exame, na via eleita, da alegada violação à legislação que cuida da carreira dos policiais, por se cuidar de legislação local.

Falta de demonstração da alegada violação ao Decreto 59.310/66. Inexistência de interesse público a necessitar da intervenção obrigatória do Ministério Público. Violação ao art. 82, III, CPC, não caracterizada.

O entendimento do acórdão recorrido deve prevalecer frente ao acórdão paradigma trazido a título de comprovar o dissenso, até porque não são exatamente divergentes. Recurso desprovido.” (REsp 198.292/DF, Rel. Ministro JOSÉ ARNALDO DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 05/10/1999, DJ 08/11/1999 p. 89)

Ad argumentandum, mesmo que concluíssemos pela obrigatoriedade da efetiva intervenção ministerial em primeira instância, a omissão quanto ao pronunciamento de mérito restaria plenamente suprida pelo parecer lançado às fls. 331/337-vol. III dos autos, à luz da jurisprudência dominante na citada Corte, a saber:

“PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. RECURSO ESPECIAL. EXECUÇÃO FISCAL. MASSA FALIDA. NECESSIDADE DE INTERVENÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO. REDIRECIONAMENTO PARA O SÓCIO-GERENTE. ILEGITIMIDADE PASSIVA. SÚMULA 07 DO STJ. SUPERVENIENTE DECRETAÇÃO DE FALÊNCIA. EXCLUSÃO DA MULTA MORATÓRIA. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. SÚMULAS 282 E 356 DO STF. VIOLAÇÃO DO ART. 535 DO CPC NÃO CONFIGURADA.

2. A ausência de intervenção do representante do *Parquet* em primeira instância é relevada quando este se manifesta em segunda instância, sem arguição concreta de prejuízo ou nulidade, o que ocorreu *in casu*, às fls. 360 dos autos. (Precedentes: REsp 803.897/SC, DJe 05/03/2008; EDcl no REsp 235.679/SP, DJ 18/05/2007; REsp 308662/SC, DJ 01/12/2003; REsp 241813/SP, DJ 04/02/2002).” (REsp 901282/SP, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA TURMA, julgado em 20/08/2009, DJe 10/09/2009)

“PROCESSUAL CIVIL. INTERVENÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO NO SEGUNDO GRAU DE JURISDIÇÃO E NESTA INSTÂNCIA ESPECIAL. INTERVENÇÃO DE ADVOGADO COMO CURADOR DE AUSENTE, NOMEADO PELO JUIZ, PARA RÉU REVEL. ATUAÇÃO NAS FASES DO PROCESSO EM QUE DEVIA MANIFESTAR-SE. INTELIGÊNCIA DO ART. 249, § 1º, C/C ART. 154 DO CPC.

1. A intervenção do Ministério Público em segundo grau de jurisdição, sem arguir nulidade nem prejuízo, supre sua ausência na primeira instância, afastando a nulidade do processo.” (REsp 221.962/BA, Rel. Ministro HUMBERTO GOMES DE BARROS, TERCEIRA TURMA, julgado em 18/03/2004, DJ 12/04/2004 p. 204)

Diante disso, entendendo pela regularidade da atuação ministerial, restando o feito a salvo de qualquer nulidade.

VOTO DE MÉRITO

Vencidas as questões prévias, analisemos o mérito da remessa necessária e da apelação, o qual se circunscreve à possibilidade de serem revistas, em sede judicial, as provas de candidato reprovado em concurso público.

Consta dos autos que o recorrido JOÃO ALBERTO MENDES BEZERRA JÚNIOR inscreveu-se, sob o nº 90100190, no CONCURSO PÚBLICO PARA O PROVIMENTO DE VAGAS E FORMAÇÃO DE CADASTRO DE RESERVA NOS CARGOS DE JUIZ SUBSTITUTO DE PRIMEIRA ENTRÂNCIA DO ESTADO DO CEARÁ, promovido por este Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, por meio do Edital nº 172/2004 (fls. 14/30) e executado pelo CESPE/UnB (Centro de Seleções e de Promoções de Eventos da Universidade de Brasília), cuja seleção se deu através de quatro etapas, a saber:

“1.3 A seleção para o cargo de Juiz Substituto de Primeira Entrância do Estado do Ceará, constante deste edital, será composta de quatro etapas, conforme descrito a seguir:

- a) primeira etapa—prova objetiva, de caráter eliminatório e classificatório; (PO)
- b) segunda etapa – provas subjetivas, de caráter eliminatório e classificatório, constantes de:
 - I – uma sentença cível; (P2)
 - II – uma sentença penal; (P3)
 - III – três questões sobre matéria cível e/ou penal; (P4)
- c) terceira etapa – prova oral, de caráter eliminatório e classificatório;
- d) quarta etapa – avaliação de títulos, de caráter classificatório.”³

Muito embora tenha obtido êxito na prova objetiva (PO), o candidato foi reprovado na segunda etapa (subjetiva), constituída por três provas escritas (P2 + P3 + P4), conforme indicado no item 07 do edital (fl. 21/vol. I).

Nessa fase, em que foi permitida a consulta aos textos legais, não comentados ou anotados (item 6.11.1 – fl. 20/vol. I), restou eliminado do concurso

público, sem direito a classificação alguma, o candidato que obteve NP2 ou NP3 ou NP4 inferior a 5,00 pontos (item 11.5.3.4 e 11.5.3.5 – fl. 25/vol. I).

Segundo registrado na inicial (fl. 04/vol. II) e no documento de fl. 33 (vol. I), o apelado obteve as seguintes pontuações: PO: 4,00; P2: 9,89; P3: 4,44; P4: 5,15.

Não alcançados os parâmetros mínimos fixados pelo edital no tocante à sentença penal (P3), cuja NP3 foi 4,44, nota inferior - em 0,56 (zero vírgula cinquenta e seis) ponto - ao mínimo de 5,00 (cinco) pontos estabelecidos no item 11.5.3.4 do edital em alusão (fl. 25/vol. I), o candidato não foi considerado apto a prosseguir no concurso público, sendo, portanto, eliminado.

Diante disso e do insucesso de seu recurso administrativo, postulou, JOÃO ALBERTO, a revisão judicial de sua prova, com o escopo de ser arredondada a nota para o mínimo suficiente a lhe garantir a aprovação no concurso (qual seja, 5,00 pontos), o que lhe foi deferido pelo juízo singular, liminarmente - em sede de cautelar preparatória (fls. 53/57-vol. I) - e na sentença, onde, invalidado o ato administrativo que redundou na reprovação do recorrido, restou confirmada a citada liminar e assegurada a antecipação da tutela específica da obrigação de fazer, para incluí-lo na relação classificatória final, com vistas à nomeação e à posse, respeitada a ordem de classificação. (fls. 260/300-vol. III).

Os pontos impugnados pelo recorrido JOÃO ALBERTO na inicial, tendo como base o *espelho de avaliação da prova discursiva*, que balizou a correção efetivada pela banca examinadora do certame, foram os seguintes (fls. 13/17):

(I) ausência de fundamentação dos erros de grafia apurados pela banca, num total de 12 (doze), culminando com a retirada de 0,44 (zero vírgula quarenta e quatro) ponto da prova P3 do recorrido e inviabilizando, outrossim, a sua defesa, por desconhecimento do que exatamente errou;

(II) padronização – no seu dizer - da nota 1,13 (hum vírgula treze) atribuída ao apelado e aos paradigmas apontados, quando da correção do item “2.4 aumento da pena – agente casado (valor de 0,00 a 1,50pt)”, independentemente de eles terem se referido ou não à presença, nos autos fictícios da prova de sentença penal (fl. 32-vol. II), da *certidão de casamento* a autorizar a imposição da majorante, excetuando-se apenas o candidato *Adriano de Lemos Moura*, o qual mencionou existência da citada certidão e obteve a pontuação máxima de 1,50 pontos (fls. 55/58-vol. II);

(III) violação aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, haja vista que a pontuação conferida ao recorrido quanto à majorante versada no item anterior (1,13 pontos, do máximo de 1,5 pontos) foi maior do que aquela atribuída ao item “2.2 dosimetria da pena (valor e 0,00 a 2,0 pts.)” (1,00

ponto, do máximo de 2,00), não obstante a causa do aumento da penalidade ser apenas um dos aspectos da própria dosimetria da pena;

(IV) por fim, vulneração aos mencionados princípios, na medida em que foi atribuída a nota “zero” ao candidato, no tocante ao item “2.5 regime prisional (valor de 0,00 a 1,50 pt.)”, apesar de o apelado ter respondido à questão, muito embora filiando-se à corrente minoritária no âmbito do Supremo Tribunal Federal, “... segundo a qual o crime de estupro, quando praticado com violência presumida, não constitui crime hediondo.” (fl. 17).

Em dissonância com o entendimento adotado pelo magistrado *a quo* e exercendo o reexame necessário da sentença, entendo que merece ser provida a remessa obrigatória e a apelação.

A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça, seguida integralmente pelas Câmaras Cíveis Reunidas deste Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, consolidou-se no sentido de que é impossível ao Poder Judiciário “apreciar o conteúdo de questões de concurso público para avaliar os seus critérios de correção” (STF, AgRg no RE 526.600/SP, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, julgado em 12.06.2007, DJU 03.08.2007), excetuando-se, apenas, “... o controle do Poder Judiciário de vícios formais relativos à própria legalidade de atos praticados no certame, como a formulação de questões sem a correspondente previsão editalícia, ou, ainda, quando se mostre teratológica, a ponto de impossibilitar o candidato de responder a questão aplicada em prova do concurso.” (TJ/CE, Câmaras Cíveis Reunidas, Embargos Infringentes em Apelação Cível em Ação Ordinária, Rel. Des. RAUL ARAÚJO FILHO, DJ/CE 30/10/2009).

Tal balizamento jurisprudencial visou à preservação do princípio da legalidade (art. 37, *caput*, da CF/88), no tocante ao respeito à legislação regulamentadora do concurso público, e da isonomia (art. 5º, *caput*, da CF/88), garantindo-se tratamento igualitário entre os candidatos dentro de um mesmo certame, evitando-se, assim, o arredondamento de nota para certo concorrente (hipótese dos autos) em detrimento de outro candidato, que eventualmente não haja ingressado em juízo para questionar a nota a ele atribuída.

Os pontos de insurgência suscitados na inicial pelo recorrido, acima vertidos, no meu sentir, são afeitos aos critérios de correção da banca examinadora do concurso, atraindo, *ipso facto*, a impossibilidade jurídica do pedido de revisão pelo Poder Judiciário e a análise de seus fundamentos, uma vez que se tratam de questões pertinentes ao mérito administrativo, sendo tal prerrogativa exclusiva da Administração Pública, sob pena de violação, inclusive, do princípio constitucional da separação dos poderes.

De outra banda, não logrou, o apelado-promovente, em demonstrar

que houve qualquer ilegalidade ou teratologia na condução do certame, tampouco que tenha sido violada alguma das regras estabelecidas no edital que disciplinou o concurso, capazes de autorizar em tese a revisão judicial, nos termos da jurisprudência dominante.

Reporto-me, por oportuno, aos seguintes precedentes do Supremo Tribunal Federal:

“EMENTA: Concurso público: controle jurisdicional admissível, quando não se cuida de aferir da correção dos critérios da banca examinadora, na formulação das questões ou na avaliação das respostas, mas apenas de verificar que as questões formuladas não se continham no programa do certame, dado que o edital - nele incluído o programa - é a lei do concurso. Precedente (RE 434.708, 21.6.2005, Pertence, DJ 09.09.2005).” (STF, AgRg no RE 526.600/SP, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, julgado em 12.06.2007, DJU 03.08.2007.)

“Na verdade, pretende o agravante que seja reavaliado o critério de correção da prova, o que diverge da orientação firmada por esta Corte. Nesse sentido, o RE 140.242, 2ª T., Rel. Carlos Velloso, DJ 21.11.97, no qual restou assentado: “...numa prova de Direito, em forma de múltipla escolha, nem todos os juristas costumam ficar de acordo com as respostas consideradas pela banca examinadora como certas. Essa divergência, todavia, não autoriza a revisão judicial, em nome da garantia da inafastabilidade do controle judicial, das opções adotadas pela banca. O que o judiciário examina, em caso tal, é se ocorreu ilegalidade no procedimento administrativo, porque se as opções foram exigidas de todos os candidatos, todos foram tratados igualmente”. Esta também foi a conclusão a que chegou o Rel. Moreira Alves, no julgamento do RE 268.244, 1ª T., DJ 30.06.00, ao proferir o seu voto no sentido de que: “Também esta Corte já firmou o entendimento de que não cabe ao Poder Judiciário, no controle jurisdicional da legalidade, que é o compatível com ele, do concurso público, substituir-se à banca examinadora nos critérios de correção de provas e de atribuição de notas a elas (assim no MS 21176, Plenário, e RE 140.242, 2ª. Turma).” (STF, AI 588.381/RS, Rel. Min. Gilmar Mendes, julgado em 10.04.2006, DJU 05.05.2006.)

“Quanto à alegada ausência de fundamentação na correção das provas, assentou o Supremo Tribunal que não cabe ao Poder Judiciário - restrito ao controle jurisdicional da legalidade do concurso público -, reexaminar as questões formuladas pela banca examinadora e os critérios de correção de provas e de atribuição de notas (v.g. MS 21176, Pleno, Aldir Passarinho, DJ 20.3.92; RE 315007, 1ª T, Moreira Alves, DJ 10.5.02; RE 243056-AgR, 1ª T, Ellen Gracie, DJ 6.4.01) Não contradiz a jurisprudência consolidada o decidido

no RE 434708, 1ª T, DJ 9.9.05, de que fui relator, como consignado na ementa: “EMENTA: Concurso público: controle jurisdicional admissível, quando não se cuida de aferir da correção dos critérios da banca examinadora, na formulação das questões ou na avaliação das respostas, mas apenas de verificar que as questões formuladas não se continham no programa do certame, dado que o edital - nele incluído o programa - é a lei do concurso.” Ressalto, ademais, que ficou evidenciado - pelas notas atribuídas aos dois únicos candidatos aprovados (5 e 6 sobre os 10 pontos disputados) - que o pretenso rigor da banca examinadora na avaliação das sentenças elaboradas na terceira fase foi adotado para todos os candidatos: observado, assim, o princípio da isonomia.” (STF, AO 1395/ES, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, julgado em 07.04.2006, DJU 19.04.2006.)

“Com efeito, o Plenário do Supremo Tribunal Federal, ao julgar o MS 21.176/DF, Rel. Min. ALDIR PASSARINHO (RTJ 137/194) e o MS 21.408/BA, Rel. Min. MOREIRA ALVES (RTJ 141/135), deixou assentado, em tema de concurso público, não caber, ao Poder Judiciário, substituir-se ao administrador, para o efeito de reexaminar critérios de correção e de elaboração das provas, notadamente naquelas hipóteses em que tais critérios não se põem em situação de conflito com o princípio da legalidade. Esse entendimento tem sido observado em sucessivos julgamentos proferidos por ambas as Turmas desta Suprema Corte, e, também, em decisões singulares emanadas de seus ilustres Juízes (RE 140.242/DF, Rel. Min. CARLOS VELLOSO - RE 243.056-AgR/CE, Rel. Min. ELLEN GRACIE - RE 265.066/CE, Rel. Min. NÉRI DA SILVEIRA - RE 273.542/CE, Rel. Min. NÉRI DA SILVEIRA - RMS 18.559/SP, Rel. Min. ALIOMAR BALEEIRO): “Recurso extraordinário. Concurso público. - Também esta Corte já firmou o entendimento de que não cabe ao Poder Judiciário, no controle jurisdicional da legalidade, que é o compatível com ele, do concurso público, substituir-se à banca examinadora nos critérios de correção de provas e de atribuição de notas a elas (assim no MS 21176, Plenário, e RE 140.242, 2ª. Turma). Pela mesma razão, ou seja, por não se tratar de exame de legalidade, não compete ao Poder Judiciário examinar o conteúdo das questões formuladas, para, em face da interpretação dos temas que integram o programa do concurso, aferir, a seu critério, a compatibilidade, ou não, deles, para anular as formulações que não lhe parecerem corretas em face desse exame. Inexiste, pois, ofensa ao artigo 5º, XXXV, da Constituição. Recurso extraordinário não conhecido.” (RTJ 174/713, Rel. Min. MOREIRA ALVES – grifei).” (STF, AI 457.448/RS, Rel. Min. Celso de Mello, julgado em 05.04.2006, DJU 04.05.2006.)

“EMENTA: Concurso público: controle jurisdicional admissível, quando não se cuida de aferir da correção dos critérios da banca examinadora, na formulação das questões ou na avaliação das

respostas, mas apenas de verificar que as questões formuladas não se continham no programa do certame, dado que o edital - nele incluído o programa - é a lei do concurso” (STF, RE 434.708/RS, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, julgado em 21.06.2005, DJU 09.09.2005.)

No mesmo sentido, o Superior Tribunal de Justiça tem decidido:

“DIREITO ADMINISTRATIVO. RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. CONCURSO PÚBLICO. ARREDONDAMENTO DE NOTA. VEDAÇÃO PREVISTA NO EDITAL. OFENSA AO PRINCÍPIO DA ISONOMIA. NÃO-OCORRÊNCIA. RECURSO IMPROVIDO.

1. O edital é a lei do concurso, de modo que a inscrição no certame implica concordância com as regras nele contidas, que não podem ser dispensadas pelas partes.

2. Em concurso público, como regra, compete ao Poder Judiciário somente a verificação dos quesitos relativos à legalidade do edital e ao cumprimento de suas normas pela comissão responsável, não podendo, sob pena de substituir a banca examinadora, proceder à avaliação da correção das provas realizadas.

3. Sendo diversas as situações em que outros candidatos obtiveram a majoração de suas notas, o indeferimento do arredondamento pretendido pelo recorrente não viola o princípio da isonomia.

4. Recurso ordinário improvido.” (RMS 26.052/ES, Rel. Ministro ARNALDO ESTEVES LIMA, QUINTA TURMA, julgado em 06/08/2009, DJe 14/09/2009)

“RECURSO ORDINÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA. ADMINISTRATIVO. CONCURSO PÚBLICO. PRETENSÃO DE REEXAME DOS CRITÉRIOS DE AVALIAÇÃO DA BANCA EXAMINADORA. NÃO CABIMENTO. ALEGAÇÃO DE OFENSA AO PRINCÍPIO DA ISONOMIA. NÃO OCORRÊNCIA.

1. Não cabe ao Poder Judiciário interferir nos critérios de avaliação da banca examinadora de concurso público, a menos que, do exame da questão impugnada pelo candidato, apresente-se formulação dissociada dos pontos constantes do programa do certame ou teratológica, de forma que impossibilite a análise e a conseqüente resposta do concursando.

2. O simples fato de a comissão do concurso ter provido o recurso dos outros candidatos não autoriza, por si só, o arredondamento da nota da impetrante, pois enquanto aqueles buscavam a modificação da nota da prova de sentença criminal, esta almejava uma pontuação melhor na prova oral ou o simples arredondamento da média final (arredondamento este expressamente vedado no edital), situações, portanto, completamente diferentes, não abarcadas pelo postulado da isonomia.

3. Recurso ordinário improvido.” (RMS 22.542/ES, Rel. Ministra JANE SILVA (DESEMBARGADORA CONVOCADA DO TJ/MG), Rel. p/ Acórdão Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 19/03/2009, DJe 08/06/2009)

“RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. CONCURSO PÚBLICO. ARREDONDAMENTO DE NOTA. INVIABILIDADE. ISONOMIA RESPEITADA. RECURSO DESPROVIDO.

I - A alteração de nota de concurso público decorrente de correção de prova não se identifica com mero arredondamento, especialmente quando este não encontra respaldo no edital do certame.

II - O princípio da isonomia não resta violado quando as razões apresentadas pelo recorrente com vistas ao arredondamento de nota diferenciam-se daquelas consideradas pela banca examinadora no que diz respeito aos demais candidatos que obtiveram elevação de suas notas. Recurso desprovido.” (RMS 26.040/ES, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, Rel. p/ Acórdão Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 02/12/2008, DJe 04/05/2009)

“É vedado ao Poder Judiciário o reexame dos critérios usados pela Banca Examinadora na elaboração, correção e atribuição de notas em provas de concursos públicos, o qual deve limitar-se ao exame da legalidade do procedimento administrativo e da observância das regras contidas no respectivo edital. Precedentes do STJ.” (STJ, Quinta Turma, AgRg no RMS 21.014/RS, Rel. Min. Laurita Vaz, julgado em 12.06.2007, DJU 06.08.2007.)

“Conforme orientação do Supremo Tribunal Federal, não cabe ao Poder Judiciário, no controle jurisdicional da legalidade do concurso público, substituir-se à banca examinadora nos critérios de correção de provas e de atribuição de notas a elas, quando tais critérios tiverem sido exigidos de modo imparcial de todos os candidatos (MS 21.176/DF, Tribunal Pleno, Rel. Min. Aldir Passarinho, DJ de 19.12.1990; RE 140.242/DF, 2ª Turma, Rel. Min. Carlos Velloso, DJ de 21.11.1997; RE 268.244/CE, 1ª Turma, Rel. Min. Moreira Alves, DJ de 30.6.2000; RE-Agr 243.056/CE, 1ª Turma, Rel. Min. Ellen Gracie, DJ de 6.4.2001).” (STJ, Primeira Turma, RMS 21.781/RS, Rel. Min. Denise Arruda, julgado em 05.06.2007, DJ 29.06.2007 p. 486)

“O Superior Tribunal de Justiça possui jurisprudência uniforme no sentido de que, em concurso público, não cabe ao Poder Judiciário examinar o critério de formulação e avaliação das provas e notas atribuídas aos candidatos, ficando sua competência limitada ao exame da legalidade do procedimento administrativo. Aliás, raciocínio

diverso culminará, na maioria das vezes, na incursão do mérito administrativo, o que é defeso ao Poder Judiciário. Precedentes.” (STJ, Quinta Turma, EDcl no AgRg no RMS 21.620/ES, Rel. Min. Gilson Dipp, julgado em 07.12.2006, DJU 05.02.2007.)

“O Superior Tribunal de Justiça firmou jurisprudência no sentido de que o exame dos atos da Banca Examinadora e das normas do edital de concurso público pelo Judiciário restringe-se aos princípios da legalidade e da vinculação ao edital.” (STJ, Segunda Turma, RMS 23.118/ES, Rel. Min. Humberto Martins, julgado em 13.03.2007, DJU 26.03.2007.)

“De acordo com a pacífica compreensão desta Corte, é vedado ao Poder Judiciário a reapreciação dos critérios usados pela Administração na formulação, correção e atribuição de notas em provas de concursos públicos, devendo limitar-se à análise da legalidade e da observância das regras contidas no respectivo edital.” (STJ, Sexta Turma, RMS 18.314/RS, Rel. Min. Paulo Gallotti, julgado em 16.05.2006, DJU 19.06.2006.)

Merece especial destaque, o recentíssimo julgado relatado pelo Des. RAULARAÚJO FILHO, acima citado, acompanhado, por unanimidade de votos, pelos componentes das CÂMARAS CÍVEIS REUNIDAS, na assentada do último dia 28/07/2009, *in verbis*:

“EMBARGOS INFRINGENTES. APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO ORDINÁRIA. CONCURSO PÚBLICO DE PROVAS E TÍTULOS PARA O CARGO DE PROMOTOR DE JUSTIÇA. CERTAME COM PRAZO DE VALIDADE EXPIRADO. PERDA SUPERVENIENTE DE OBJETO. NÃO-OCORRÊNCIA. IMPOSSIBILIDADE DE O PODER JUDICIÁRIO ADENTRAR NO MÉRITO ADMINISTRATIVO PARA REVISAR QUESTÕES DE PROVAS DISCURSIVAS. PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DA LEGALIDADE E DA ISONOMIA (CF, ART. 37, *CAPUT*, ART. 5º, *CAPUT*). INEXISTÊNCIA NOS AUTOS DE QUALQUER INDÍCIO QUE VENHA A DEMONSTRAR QUE A CORREÇÃO DA PROVA DO CANDIDATO PELA COMISSÃO DO CERTAME ENCONTRA-SE EQUIVOCADA. CONFIRMAÇÃO DO V. ACÓRDÃO IMPUGNADO. EMBARGOS INFRINGENTES CONHECIDOS E IMPORVIDOS.

1. Ainda que se tenha expirado o prazo de validade de concurso público, não há de se cogitar em perda superveniente de interesse

processual do candidato que tenha ajuizado, a tempo, a ação judicial com o fim de impugnar as eventuais irregularidades na correção de suas provas, não devendo a parte ser prejudicada em razão de o Poder Judiciário não ter conseguido julgar, em definitivo, a ação posta em juízo.

2. Em tema de concursos públicos, a Administração Pública deve observar, sobretudo, os princípios da legalidade (CF, art. 37, *caput*), em que se deve respeitar a legislação regulamentadora do certame, da isonomia e da impessoalidade (CF, art. 5º, *caput*, e 37, *caput*), a fim de garantir um tratamento igualitário e justo entre os candidatos.

3. Nesse mister, a jurisprudência do C. Supremo Tribunal Federal e do Eg. Superior Tribunal de Justiça vem no sentido de ser inviável ao Poder Judiciário a revisão dos critérios de correção de banca examinadora de concurso público, uma vez que se trata de questão pertinente ao próprio mérito administrativo.

4. Destaca-se que, nessas hipóteses, somente se tem admitido o controle do Poder Judiciário de vícios formais relativos à própria legalidade de atos praticados no certame, como a formulação de questões sem a correspondente previsão editalícia, ou, ainda, quando se mostre teratológica, a ponto de impossibilitar o candidato de responder a questão aplicada em prova do concurso.

5. Além desse impeditivo, verifica-se, dos autos, que inexistem indícios de que a correção das provas do candidato mereça reparos, sendo o laudo técnico elaborado na d. instância *a quo* indicativo de que a nota a ele atribuída pela comissão do certame foi até superior à merecida.

6. Embargos Infringentes conhecidos e improvidos.” (Grifamos) (TJ/CE, Câmaras Cíveis Reunidas, Embargos Infringentes em Apelação Cível em Ação Ordinária Nº 2000.0118.6883-0/2, Rel. Des. RAUL ARAÚJO FILHO, DJ/CE 30/10/2009)

Seguindo igual entendimento, reporto-me, por fim, ao acórdão relatado pelo Des. FRANCISCO SALES NETO, igualmente acatado, por unanimidade, pelos integrantes do TRIBUNAL PLENO desta Corte, *in verbis*:

“Como bem tratado no acórdão recorrido, não pode o Poder Judiciário, no exame dos atos discricionários relacionados a questões de concursos públicos, substituir a função da banca examinadora e alterar os critérios de correção por ela devidamente eleitos, sob pena de violar o princípio da separação dos poderes e o basilar

princípio da isonomia.

A manifestação uníssona e maciça de nossas cortes superiores tem sido reiterada no sentido de que, ao Poder Judiciário é defeso o ingresso na análise do mérito administrativo para o fim de, fazendo-se substituto da banca examinadora, emitir o julgador juízo valorativo e atribuir nota a candidato em concurso público.

Ocorre que tal situação violaria, indubitavelmente, a garantia constitucional da isonomia entre as partes concorrentes no concurso. Também restaria flagrantemente olvidado o princípio da administração pública, de assento constitucional, referente à impessoalidade, além do já mencionado princípio fundamental da separação dos poderes.

Ao Poder Judiciário, do qual não se pode afastar apreciação de lesão ou ameaça a direito, postulado também constitucional, no que se refere a Concurso Público, somente cabe analisar a legalidade do certame, sob o ponto de vista estritamente objetivo.

Todavia não lhe é permitido ingressar na análise dos critérios subjetivos de formulação e correção das provas e atribuição de notas aos candidatos, posto que tal não se poderá dar sem indevida incursão no mérito administrativo.” (TJ/CE, Tribunal Pleno, EDcl no MS 2005.0008.4872-9, Rel. Des. FRANCISCO SALES NETO, DJ/CE 29/01/2008)

Ad argumentandum tantum, situação diversa haveria se o apelado tivesse requerido na inicial e o juiz *a quo* deferido, liminarmente e na sentença, a revisão da prova de sentença penal (P3) pela própria banca examinadora do certame, com a motivação das razões do indeferimento. Mesmo assim, o Judiciário estaria adstrito ao exame da legalidade, traduzido na averiguação se a administração procedera (ou não) à correção da prova do candidato-litigante, possibilitando-o o conhecimento dos erros eventualmente cometidos, assim considerados pelos componentes da banca.

Todavia, tal hipótese diverge – sobremaneira - da presente, onde o apelado pleiteou, com sucesso em primeira instância, o arredondamento de sua nota, na prova de sentença penal (P3), para 5,00 (cinco), com a garantia de, uma vez aprovado nas demais fases do certame, ser classificado, nomeado e empossado no cargo de Juiz de Direito Substituto de Primeira Entrância deste TJ/CE, segundo a ordem de classificação (ver pedido – fl. 26).

Por derradeiro, a lide trazida à baila, ancorada na natural e legítima insatisfação que caracteriza o ser humano, resta muito bem traduzida neste poema do mestre Fernando Pessoa, ao nos fazer refletir sobre a perfeição idealizada e

aquela possível, vez que.....

“A alma é divina e a obra é imperfeita.
Este padrão sinala ao vento e aos céus
Que, da obra ousada, é minha parte feita:
O por-fazer é só com Deus.”

CONCLUSÃO

Diante de todo o exposto e exercendo o reexame necessário da decisão recorrida, VOTO:

(I) pelo conhecimento da remessa necessária e da apelação;

(II) preliminarmente, voto (a) pela extinção do processo, sem julgamento de mérito, em relação à apelada VALÉRIA MORAES LOPES E SILVA, excluindo-a, portanto, da lide, nos termos da fundamentação supra e do art. 267, VI e § 3º, do CPC; (b) pela rejeição do litisconsórcio passivo necessário (e, sucessivamente, da assistência litisconsorcial) requerido pelos demais concursados; (c) e, por fim, pelo não acolhimento da nulidade do feito por ausência de intervenção do *parquet* em primeira instância;

(III) no mérito, com fundamento nos princípios da legalidade, isonomia, impessoalidade e separação dos poderes, tendo em vista a jurisprudência pacífica e remansosa do Supremo Tribunal Federal, do Superior Tribunal de Justiça e deste Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, pelo conhecimento e provimento da apelação, com a reforma integral da sentença para julgar improcedente a demanda, porquanto não cabe ao Poder Judiciário, no controle jurisdicional da legalidade, substituir-se à banca examinadora do concurso público nos critérios de correção de provas e de atribuição de notas.

(IV) por derradeiro, pela cassação imediata dos efeitos das medidas de urgência outrora deferidas pelo juízo *a quo*, com a inversão dos ônus da sucumbência, a serem rateados entre os apelados, tudo nos termos do voto deste Relator, que faz parte desta decisão.

É o meu voto.

Fortaleza-CE, 23 de novembro de 2009.

¹ **NERY JUNIOR**, Nelson Nery e **ANDRADE NERY**, Rosa Maria de. In Código de Processo Civil Comentado e Legislação Extravagante, RT, 10ª edição, 2007, p. 268.

² Ob. cit., nota 3, p. 272

³ Negritamos e inserimos as abreviações PO, P2, P3 e P4, contidas no Edital 172/2004, para um melhor entendimento da lide.

PROCESSO Nº.:2 006.0005.6389-7/1.
CLASSE: APELAÇÃO CÍVEL E REMESSA OBRIGATÓRIA.
COMARCA: SÃO GONÇALO DO AMARANTE/CE.
RECORRENTE: JUIZ DE DIREITO DA VARA ÚNICA DA COMARCA DE SÃO GONÇALO DO AMARANTE.
APELANTE: MUNICÍPIO DE SÃO GONÇALO DO AMARANTE /CE.
APELADO: OTÁVIO AUGUSTO ACIOLI CINTRA E OUTROS.
RELATOR: DESEMBARGADOR FRANCISCO SALES NETO.
ÓRGÃO JULGADOR: 1ª CÂMARA CÍVEL.

DIREITO CONSTITUCIONAL E TRIBUTÁRIO. AÇÃO ORDINÁRIA. APELAÇÃO CÍVEL E REEXAME OBRIGATÓRIO. CONTRIBUIÇÃO PARA CUSTEIO DO SERVIÇO DE ILUMINAÇÃO PÚBLICA. PREVISÃO DO ART. 149-A DA CF/88. ARGUIÇÃO INCIDENTAL DE INCONSTITUCIONALIDADE DE NORMA MUNICIPAL. NÃO ACOLHIMENTO. LEI MUNICIPAL QUE INSTITUIU A EXAÇÃO COM OBSERVÂNCIA ÀS LIMITAÇÕES AO PODER DE TRIBUTAR. CONSTITUCIONALIDADE DA LEGISLAÇÃO LOCAL. SENTENÇA REFORMADA.

1. Na perspectiva da redação atribuída ao Art. 149-A da Carta Republicana, inserida no Texto Magno pela Emenda à Constituição nº 39/2002, observa-se que seu conteúdo normativo cuida, primacialmente, de atribuir, aos Municípios e ao Distrito Federal, competência tributária para instituírem, na alçada dos seus interesses, contribuição cuja finalidade se cinja, exatamente, ao provisionamento dos serviços de iluminação pública disponibilizados nas suas respectivas ambiências, criando, por tal arte, a imprescindível fonte de receita para fazer frente aos custos da iluminação pública;

2. A *contrario sensu* do fixado na sentença *a quo*, o dispositivo constitucional incidentalmente impugnado não traduz qualquer afronta ao quanto disposto no art. 60, § 4º da Constituição da República, inexistindo

vedação constitucional ao poder constituinte derivado no que tange à criação de novas modalidades tributárias que pretendam atender finalidades sociais específicas;

3. Custeio que não se limita ao valor da energia elétrica consumida para tal fim, englobando, também, todas as despesas inerentes ao serviço de iluminação pública (aquisição de lâmpadas, fios, postes, sensores, demais equipamentos, materiais, etc.), razão por que o critério de proporcionalidade adotado na legislação local é adequado, em vista que o encargo é distribuído entre determinado grupo solidário, segundo a capacidade de cada um. Eis aí aplicação da equidade e da justiça social, não havendo que se falar em ofensa à isonomia constitucional na tributação sob exame

4. Atendido o disposto no Art. 149-A, *caput*, e parágrafo único, bem assim o estampado no art. 150, incisos I e III, todos da Carta Maior, é de se reputar válida lei local que institui a exação em testilha. Precedentes desta Egrégia Corte;

5. Apelação cível e Reexame obrigatório conhecidos e providos. Sentença reformada.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de Apelação Cível nº 2006.0005.6389-7/1, em que são partes as pessoas acima indicadas, acordam os Desembargadores da 1ª Câmara deste Egrégio Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, unanimemente, em conhecer do presente recurso apelatório, bem como da Remessa *ex officio*, no sentido de conferir-lhes PROVIMENTO reformando em sua integralidade a sentença vergastada, tudo nos termos do voto do Relator.

Fortaleza, 06 de julho de 2009.

VOTO

FUNDAMENTAÇÃO

Recurso apelatório em ordem, nele não se descortinando eiva capaz de obstar-lhe o conhecimento, colmatados que foram os requisitos próprios de

admissibilidade recursal, razão por que dele tomo conhecimento, valendo a mesma conclusão para a remessa obrigatória, a qual observou o que reza o Art. 475, inciso I, do Código de Processo Civil.

Não havendo preliminares a ser enfrentadas, passo, de plano à análise da vertente irresignação, à luz do quanto disposto na r. sentença atacada e, bem assim, das razões suscitadas pelo Município recorrente.

1.1. Da sentença vergastada.

Como já deslindado, têm-se, para exame e apreciação, remessa oficial obrigatória e recurso apelatório manejado pelo Município de São Gonçalo do Amarante /CE, colimando a reforma da r. sentença de fls. 71/79, cuja parte dispositiva assim estatuiu, *in litteris*:

“Ante o exposto, julgo procedente o pedido inicial, declarando incidentalmente a inconstitucionalidade da lei municipal 720/2002, determino ao promovido que se abstenha de cobrar dos autores a Contribuição de Iluminação Pública – CIP, prevista na lei municipal, condeno o município a restituir todos os valores pagos indevidamente pelos autores a título de Contribuição de Iluminação Pública e considerando que a presente sentença está sujeita ao duplo grau de jurisdição, e presente a verossimilhança do alegado e a prova inequívoca, defiro o pedido de antecipação de tutela, determinando ao Município que se abstenha imediatamente de cobrar dos promoventes a Contribuição de Iluminação Pública – CIP, prevista na lei municipal, sob pena de pagamento de multa mensal de R\$ 100,00 (cem reais) por autor”

Consoante se vê da sentença objurgada, o ilustrado julgador *a quo* manifestou entendimento no sentido de que a base de cálculo adotada na Lei Municipal nº 720/2002 afrontaria a disciplina encartada no Art. 149-A da Constituição Federal, em vista do fato gerador remontar ao conceito de taxa, especificamente afastado pelo Supremo com a edição da sua Súmula nº 670.

Entendeu mais, o judicante planicial, que a progressividade das alíquotas prevista na legislação local violaria o sistema tributário constitucional, sendo certo que a forma de cobrança prevista afrontaria direitos e garantias fundamentais, ao passo que impossibilitaria a ampla defesa e o contraditório, inviabilizando, numa dimensão pragmática, eventual discussão acerca da exação.

1.2. Da apelação e do reexame necessário.

A lide, tal como exsuda da instrução, sustenta-se sob um único vórtice de discussão: a constitucionalidade da exação instituída pela Lei nº 720, de dezembro de 2002, pelo Município de São Gonçalo do Amarante/CE.

E, a meu sentir, tenho que a solução esboçada pelo insigne magistrado singular, e, vale dizer, acompanhada pelo ilustre Representante do *Parquet* em superior instância, não representa a melhor orientação destinada à matéria.

Consoante irrompe da instrução, a contribuição para o custeio dos serviços de iluminação pública pelo Município apelante foi instituída pela Lei Municipal nº 720/2002 a qual, num sentido objetivo, atendeu o disposto no Art. 149-A, *caput*, e parágrafo único, bem assim os limites estampados no art. 150, incisos I e III, todos da Carta Maior.

Com efeito, calha aqui transcrever o que rezam os Arts. 1º e 2º da Lei nº 720/2002, que institui a cobrança da contribuição para o custeio dos serviços de iluminação pública no Município apelante:

Art. 1º. Fica Instituída no Município de São Gonçalo do Amarante/CE Contribuição para Custeio do Serviço de Iluminação Pública - CIP, prevista no art. 149-A da Constituição Federal.

Parágrafo único. O serviço previsto no *caput* deste artigo compreende o consumo de energia destinada à iluminação de vias, logradouros e demais bens públicos, e a instalação, manutenção, melhoramento e expansão da rede de iluminação pública.

Art. 2º. É fato gerador da CIP o consumo de energia elétrica por pessoa natural ou jurídica, mediante ligação regular de energia elétrica no território do Município.

Pelo teor das normas entabuladas, não se verifica, na espécie, qualquer violação ao Art. 149-A da Constituição Federal, tendo a exação fielmente colmatado os parâmetros constitucionais expressamente impostos.

Igualmente, cumpre observar que a legislação local atendeu os princípios encartados no Art. 150, incisos I e III, da Carta Republicana, à medida que não alcançou fatos geradores anteriores à sua criação nem foi exigida no mesmo exercício financeiro da publicação da lei que a instituiu, em 30 de dezembro de 2002.

Destaco que, na perspectiva da redação atribuída ao Art. 149-A da Carta Republicana, inserida no Texto Magno pela Emenda à Constituição nº 39/2002, verifico que o legislador constituinte derivado, atento às implicações políticas da jurisprudência sumulada no Pretório Excelso acerca da cobrança da Taxa de Iluminação Pública¹, findou por criar uma nova espécie tributária, cujo fato gerador delineia-se, em síntese, pela prestação do serviço de iluminação pública. Eis o que preleciona a norma em tablado, *verbis*:

Art. 149-A. Os Municípios e o Distrito Federal poderão instituir contribuição, na forma das respectivas leis, para o custeio do serviço de iluminação pública, observado o disposto no art. 150, I e III.

Parágrafo único. É facultada a cobrança da contribuição a que se refere o caput, na fatura de consumo de energia elétrica.

No conduto do comando constitucional suso transcrito, pondero inicialmente que o seu conteúdo normativo cuida, primacialmente, de atribuir, aos Municípios e ao Distrito Federal, competência tributária para instituírem, na alçada dos seus interesses, contribuição cuja finalidade se cinja, exatamente, ao provisionamento dos serviços de iluminação pública disponibilizados nas suas respectivas ambiências, criando, por tal arte, a imprescindível fonte de receita para fazer frente aos custos da iluminação pública.

Fixada essa premissa, tenho que a instituição da contribuição para o custeio do serviço de iluminação pública não malfere limitação tributária constitucional impedindo a criação de novas modalidades de tributos que pretendam atender finalidades sociais específicas, inexistindo vedação constitucional nesse sentido em relação ao poder constituinte derivado.

Deflui-se dessa circunstância, pois, e a *contrario sensu* do articulado pelo magistrado singular, que a validação objetiva e constitucional do tributo em tablado há de ser alcançada não por seu fato gerador enquanto elemento puramente jurídico, tal como o preconizado para as hipóteses do Art. 145² da Constituição Federal, mas por seu intento finalístico, tal como previsto na própria sistemática do Art. 149 do Texto Constitucional, o qual considera na, conceituação da contribuição em destaque, muito mais que o elemento jurídico supramencionado, as feições financeiras e políticas da exação.

Nesse sentido, merece destaque escólio da cepa do mestre tributarista Helenilson Cunha Pontes acerca do tema, que assim assevera, *verbis*:

“O artigo 149 da Constituição Federal adota outro critério de determinação da competência tributaria relativamente às contribuições. A Constituição, ao contrário do critério adotado em seu artigo 145, não atribui a competência tributária para a instituição de contribuições, em função da ocorrência de determinado fato jurídico, (realizado pelo Estado ou pelo sujeito passivo), cuja materialidade encontra-se prevista na própria Constituição, mas, sobretudo, para que tal exação seja um instrumento de uma atuação estatal destinada a alcançar determinados objetivos constitucionalmente previstos. Os critérios de atribuição da competência tributaria são substancialmente diferentes.”³

No mesmo sentido, o magistério de Luciano Amaro, que assim elucida sobre a matéria, *litteris*:

“Um terceiro grupo de tributos é composto pelas exações cuja tônica não está nem no objetivo de custear as funções gerais e indivisíveis do Estado (como ocorre com os impostos) nem numa utilidade divisível produzida pelo Estado e fruível pelo indivíduo (como ocorre com os tributos conhecidos como taxa, pedágio e contribuição de melhoria, que reunimos no segundo grupo).

A característica peculiar do regime jurídico deste terceiro grupo de exações está na destinação a determinada atividade, exercitável por entidade estatal ou paraestatal, ou por entidade não estatal reconhecida pelo Estado como necessária ou útil à realização de uma função de interesse público. Nesse grupo se incluem as exações previstas no art. 149 da Constituição, ou seja, as contribuições sociais, as contribuições de intervenção no domínio econômico e as contribuições de interesse de categorias profissionais ou econômicas, bem como a contribuição referida no art. 149-A da Constituição (acrescido pela EC n. 39/2002), destinada ao custeio do serviço de iluminação pública.”⁴

Pelo que arremata, com o brilhantismo que lhe é peculiar:

“É a circunstância de as contribuições terem destinação específica que as diferencia dos impostos, enquadrando-as, pois, como tributos afetados à execução de uma atividade estatal ou paraestatal específica, que pode aproveitar ou não ao contribuinte, vale dizer, a referibilidade ao contribuinte não é inerente (ou essencial) ao tributo, nem o fato gerador da contribuição se traduz na fruição de utilidade fornecida pelo Estado”⁵

Na esteira dessa argumentação, fácil é concluir que a validação da contribuição para custeio dos serviços de iluminação pública excepciona a disciplina do Art. 145 da Constituição Federal, ao cotejo que prioriza sua finalidade em detrimento dos fatos geradores e de outros caracteres que lhe sejam acidentais, dentre eles a referibilidade assacada pelo judicante planicial.

Tanto é assim que a previsão constitucional enfocada encontra-se contida em norma específica do Art. 149-A, em forma de exceção, a exemplo do próprio Art. 149 da Magna Carta, bem como do § 5º do art. 211⁶ da Carta Republicana, que prevê a instituição compartilhada da contribuição salário-educação.

Por oportuno, anoto o entendimento glosado pelo insigne Desembargador Eduardo Andrade, do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, por oportunidade do julgamento Apelação cível nº 1.0024.07.578820-8/001, segundo o qual, “*se os constituintes originários já criaram várias exceções à norma*

que dispõe sobre a competência, inclusive privativa, não haveria porque impedi-las, via emendas pelos constituintes derivados”.

Corroborando a orientação ora esposada, trago a colação os seguintes julgados, que já vêm tracejando o melhor enfrentamento destinado à matéria, *verbatim*:

EMENTA: CONTRIBUIÇÃO PARA CUSTEIO DO SERVIÇO DE ILUMINAÇÃO PÚBLICA - CONSTITUCIONALIDADE - INEXISTÊNCIA DE OFENSA À CLÁUSULA PÉTREA - LEI MUNICIPAL DE BELO HORIZONTE - OBEDIÊNCIA À REGRA DA CAPACIDADE TRIBUTÁRIA. - *O constituinte derivado bem classificou a CCIP, tributo vinculado para custeio da iluminação pública, como sendo mais uma espécie do gênero ‘contribuição’, autorizando sua instituição pelos Municípios e Distrito Federal que, quando assim agem, o fazem em estrito cumprimento à regra constitucional de competência tributária. Reconhece-se a constitucionalidade da Contribuição de Custeio de Iluminação Pública, criada pelo Município de Belo Horizonte, obedecidos os princípios da legalidade, da anterioridade e, sobretudo, da capacidade contributiva, exigida com base na Tarifa Equalizadora Convencional de Iluminação Pública - TCIP - estabelecida pelo Governo da União Federal, segundo percentuais incidentes sobre a taxa de consumo individual de cada contribuinte, residente em área servida de iluminação pública, respeitada a proporcionalidade e garantindo-se que, em determinado grupo solidário, que é o seu pagador, se distribuam os encargos segundo a capacidade de cada um, conforme regem os princípios da equidade e da justiça social. (TJMG AC Nº 1.0024.07.578820-8/001. REL. DES. EDUARDO ANDRADE. J. em 05.10.2008)*

EMBARGOS INFRINGENTES EM APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DECLARATÓRIA C/C REPETIÇÃO DE INDÉBITO. CONTRIBUIÇÃO DE ILUMINAÇÃO PÚBLICA (COSIP). LEI MUNICIPAL COMPLEMENTAR N. 61/2002. CONSTITUCIONALIDADE. ART. 149 - A DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. EMBARGOS ACOLHIDOS. *A Contribuição para Custeio de Iluminação Pública - COSIP, instituída nos termos do art. 149 - A, foi introduzida no Texto Constitucional pela EC n. 39/2002, como uma nova espécie tributária, totalmente desvinculada dos objetivos daquelas contribuições previstas no caput do art. 149, da Constituição Federal de 1988 e que, por sua natureza sui generis, não se confunde com taxa, muito menos com imposto. (TJ-MS; EI-AC-Or 2008.001407-2/0001-00; Dourados;*

Quarta Seção Cível; Rel. Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva; DJEMS 17/12/2008; Pág. 12).

REMESSA OFICIAL E APELAÇÃO CÍVEL VOLUNTÁRIA. AÇÃO DE MANDADO DE SEGURANÇA. CONTRIBUIÇÃO PARA CUSTEIO DE ILUMINAÇÃO PÚBLICA. EMENDA CONSTITUCIONAL Nº. 39, DE 2002. EXISTÊNCIA DE LEI LOCAL. EXAÇÃO REGULAR. SENTENÇA REFORMADA EM REEXAME NECESSÁRIO. 1. *As contribuições instituídas no art. 149 da Constituição da República são espécies tributárias definidas por sua finalidade. Assim, é permitida a criação de novas contribuições, desde que respeitada a vinculação à finalidade estabelecida na lei específica.* 2. *A Emenda Constitucional nº. 39, de 2002, acrescentou o art. 149-A à Constituição da República e atribuiu competência aos Municípios e ao Distrito Federal para instituir, por lei, a Contribuição para custeio de Iluminação Pública.* 3. *A partir da atribuição constitucional de competência e obedecidos os princípios pertinentes, tem-se como válida a cobrança do tributo após a edição de lei local.* 4. *Revela-se insustentável a sentença que concedeu a segurança contra a cobrança da Contribuição para custeio de Iluminação Pública e ocorrida após ter o tributo sido criado em lei local.* 5. *Remessa oficial e apelação cível conhecidas.* 6. *Sentença reformada em reexame necessário, prejudicado o recurso voluntário.* (TJMG. AC. nº. 1.0024.03.181202-7/001, Rel. Des. Caetano Levi Lopes, j. 27.09.2005).

Vale anotar, nesse diapasão, que o custeio dos serviços de iluminação pública, pela redação do Art. 1º encimado, não se limita ao valor da energia elétrica consumida para tal fim, englobando, também, todas as despesas inerentes ao serviço de iluminação pública (aquisição de lâmpadas, fios, postes, sensores, demais equipamentos, materiais, etc.), razão por que o critério de proporcionalidade adotado na legislação local é adequado. Nessa pontuação, calha explicitar o que preleciona os Arts. 4º e 5º do Diploma legal em análise, *verbis*:

Art. 4º. A base de cálculo da CIP é o valor mensal do consumo total de energia elétrica constante na fatura emitida pela empresa concessionária distribuidora.

Art. 5º. As alíquotas de contribuição são diferenciadas conforme a classe de consumidores e a quantidade de consumo medida em KW/h, conforme a tabela constante do anexo I, desta Lei.

§ 1º - Estão isentos da CIP os consumidores da classe residencial com consumo até 50 KW/h.

§ 2º - A determinação da classe/categoria de consumidor observará as normas da Agência Nacional de Energia Elétrica – ANEEL – ou órgão regulador que vier a substituí-la.

Em vista desse raciocínio, a distribuição do encargo entre determinado grupo solidário, segundo a capacidade econômica de cada um, representa, em verdade, aplicação da equidade e da justiça social, enquanto expressões do princípio da capacidade contributiva, não havendo que se cogitar, na hipótese, em ofensa à isonomia constitucional na tributação sob exame.

De ser mencionado que esse Tribunal, por reiteradas decisões⁷, vem admitindo a legalidade da exação estabelecida sob esses ditames, merecendo destaque o recentíssimo precedente firmado por ocasião do julgamento da Apelação Cível nº 2007.0012.4004-6/1, da Relatoria do insigne Desembargador Antônio Abelardo Benevides Moraes, cuja ementa ora transcrevo:

CONSTITUCIONAL. TRIBUTÁRIO. AÇÃO ORDINÁRIA. APELAÇÃO CÍVEL. CONTRIBUIÇÃO PARA CUSTEIO DO SERVIÇO DE ILUMINAÇÃO PÚBLICA - CIP. ART. 149-A DA CF/88. INSTITUIÇÃO PELO ENTE MUNICIPAL DE LEI EM OBSERVÂNCIA ÀS LIMITAÇÕES AO PODER DE TRIBUTAR. ARGUIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE. NÃO ACOLHIMENTO. PRECEDENTES DO STF E DEMAIS TRIBUNAIS PÁTRIOS. 1. Com o advento da Emenda Constitucional nº39, de 19 de dezembro de 2002, que fez inserir na Constituição Federal de 1998 o art.149-A, facultou-se aos Municípios a instituição da Contribuição para Custeio da Iluminação Pública - CIP, inexistindo, pois, inconstitucionalidade da Lei Municipal que dá concretude a tal imposição tributária, em razão de encontrar na Carta Magna seu fundamento de validade. Precedentes do STF e demais tribunais pátrios. 2. Observadas as limitações impostas ao poder de tributar insculpidas no art. 150, I e III da própria Constituição, não há que se falar em ofensa à cláusula pétreia (art. 60, §4º, IV, CF/88), a saber, o Sistema Tributário Nacional, objeto de prequestionamento. 3. Apelo conhecido, porém desprovido. Sentença mantida in totum.(TJCE. AC. 2007.0012.4004-6/1. 3ª Câmara Cível. Rel. Des. Antônio Abelardo Benevides Moraes. D.J. de 18.06.2009)

Do voto condutor do aresto encimado, hei por bem transcrever o seguinte excerto, em tudo aplicável à hipótese *in concreto*:

“No caso em apreço, vejo que o Município de Itaitinga, por meio da edição da Lei nº 227/2002, alterada pelas Leis nºs 238/2003 e 246/2004, cuidou de dar concretude à possibilidade constitucionalmente lhe conferida, instituindo a denominada Contribuição de Iluminação Pública nos termos do art. 1º, in verbis:

Art. 1º. Fica instituída no Município de Itaitinga a Contribuição para Custeio do Serviço de Iluminação Pública - CIP, prevista no art. 149-A da Constituição Federal.

Ultrapassada a exigência de reserva legal, verifico igualmente atendidas demais limitações impostas pela Constituição ao ente federativo. Basta observar de uma simples leitura da norma que a cobrança do tributo não alcança fatos geradores anteriores à sua criação, nem se dá no mesmo exercício financeiro da publicação da lei que o instituiu, vale dizer, em 30 de dezembro de 2002. Aliás, para que a dita cobrança se efetive, imperioso o estabelecimento de convênio com a concessionária de energia elétrica - no caso, a COELCE).

Além disso, no que tange à insurgência acerca da correspondente cobrança se dar diretamente na conta mensal de consumo de energia elétrica, de igual modo, deve ser afastada qualquer ilegalidade, haja vista tal possibilidade estar expressamente contemplada no parágrafo único do art. 149-A da CF/88, in verbis:

É facultada a cobrança de contribuição a que se refere o caput, na fatura de consumo de energia elétrica.

Portanto, não há como prosperar a tese de inconstitucionalidade da referida lei por violação à cláusula pétrea (art.60, §4º, IV, da CF/88, ora prequestionado) pelo fato de se encontrar em consonância com o Sistema Tributário Nacional e, sobretudo, por ser a própria Constituição o fundamento de validade da norma em comento, não sendo o caso de remessa do feito ao Plenário desta Corte, nos termos do art. 97 da CF/88 e art. 29, I, c/c art. 109, ambos do RITJCE.”

Destarte, verificando-se que a Legislação municipal que instituiu a contribuição para custeio dos serviços de iluminação pública se encontra em conformidade com o permissivo constitucional, observando os requisitos pertinentes, é de se reconhecer a legalidade da exigência.

2. DISPOSITIVO

Por tal razão, conheço do recurso apelatório e da remessa obrigatória e confiro-lhes integral PROVIMENTO, no sentido de:

I)Reconhecer a constitucionalidade da Lei Municipal nº 549/2002, posteriormente alterada pela Lei nº 564/2003 do Município de Ipueiras/CE, tomando por parâmetros os Arts. 149-A, caput, e parágrafo único, bem assim os limites estampados no art. 150, incisos I e III, todos da Carta Maior;

II)Reformar *in totum* a r. sentença de fls. 360/370.

Não tendo sido admitida a tese de inconstitucionalidade arguida incidentalmente pelos apelados, despicienda a submissão da matéria ao Plenário desta Corte, cônsono o estatuído no art. 97 da CF/88 e art. 29, I, c/c art. 109, ambos do RITJCE.

Custas e honorários pelos recorridos, estes últimos arbitrados em R\$ 200,00 (duzentos reais), na conformidade do Art. 20, § 4º, do Digesto Processual Civil⁸.

É como voto.

Fortaleza, 06 de julho de 2009.

¹ **Súmula 670.** O serviço de iluminação pública não pode ser remunerado mediante taxa.

² **Art. 145.** A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios poderão instituir os seguintes tributos:

I - impostos;

II - taxas, em razão do exercício do poder de polícia ou pela utilização, efetiva ou potencial, de serviços públicos específicos e divisíveis, prestados ao contribuinte ou postos a sua disposição;

III - contribuição de melhoria, decorrente de obras públicas.

³ **PONTES, Helenilson Cunha.** *O princípio da proporcionalidade e o Direito Tributário*. São Paulo: Dialética, 2002. p. 158.

⁴ **AMARO, Luciano.** *Direito tributário brasileiro*, 11. ed. rev. e atual. - São Paulo : Saraiva, 2005, p. 84

⁵ *Op. cit.*, p. 85-86

⁶ **Art. 211.** A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios organizarão em regime de colaboração seus sistemas de ensino.

§ 5º A educação básica pública atenderá prioritariamente ao ensino regular.

⁷ TJCE. Apelação Cível nº **2007.0012.7624-5/1**. 3ª Câmara Cível. Rel. Desa. EDITE BRINGEL OLINDA ALENCAR. **TJCE.** Apelação Cível nº **2007.0012.7638-5/1**. 2ª Câmara Cível. Rel. Des. ADEMAR MENDES BEZERRA. Julgado em 03.12.2008. DJ de 24.03.2009; **TJCE.** Agravo de Instrumento nº **2007.0011.5169-8/0**. 2ª Câmara Cível. Rel. Des. JOÃO DE DEUS BARROS BRINGEL. Julgado em 06.08.2008. DJ de 21.08.2008.

⁸ **Art. 20, § 4º** Nas causas de pequeno valor, nas de valor inestimável, naquelas em que não houver condenação ou for vencida a Fazenda Pública, e nas execuções embargadas ou não, os honorários serão fixados consoante apreciação equitativa do juiz, atendidas as normas das alíneas a, b e c do parágrafo anterior.

APELAÇÃO CÍVEL N.º 2006.0025.0686-6/1

APELANTE: FAELCE – FUNDAÇÃO COELCE DE SEGURIDADE SOCIAL

APELADO: JOÃO BOSCO DA CÂMARA

RELATOR: DESEMBARGADOR ADEMAR MENDES BEZERRA

EMENTA: PREVIDÊNCIA PRIVADA. APLICAÇÃO DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. COMPLEMENTAÇÃO DE APOSENTADORIA. LIMITE ETÁRIO. ART. 31, INCISO IV, DO DECRETO N.º 81.240/78. INCOMPATIBILIDADE COM O ATUAL ORDENAMENTO JURÍDICO E O REGIME ANTERIOR. VIOLAÇÃO AO ART. 84, INCISO IV, DA CF/88.

-É aplicável o CDC às relações de previdência privada.
-É manifestamente ilegal a exigência de estipular idade mínima de 55 (cinquenta e cinco anos) para a concessão de complementação da aposentadoria aos funcionários da COELCE prevista no art. 34, inciso IV, do Decreto n.º 81.240/78, sob pena de se criar obrigação não prevista na Lei n.º 6.435/77, extrapolando, dessa forma, os limites normativos de um decreto conforme o disposto no art. 84, inciso IV, da Carta Política de 1988.
- Precedentes dos Tribunais Superiores e do TJCE.
- Apelação conhecida, mas improvida.

ACÓRDÃO:

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de Apelação n.º 2006.0025.0686-6/1, 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.

RELATÓRIO

Cuidam os presentes autos de apelação cível interposta por FAELCE – Fundação Coelce de Seguridade Social, em face de decisão do MM. Juiz de direito da 3ª Vara Cível de Fortaleza que julgou procedente ação de conhecimento

manejada por João Bosco da Câmara para que fosse recalculada a aposentadoria do autor sem o redutor etário.

Na inicial de fls. 03/07, a parte autora consignou que recebe benefício previdenciário de complementação da sua aposentadoria por tempo de serviço pela entidade de previdência privada da Coelce. Contudo, para sua surpresa, a FAELCE aplicou redutor no cálculo de seu benefício com base na sua idade, o que contraria o disposto no art. 6º da Lei 6.435/77. Informa, ainda, a existência de vários julgados deste eg. Tribunal de Justiça confirmando pleitos semelhantes ao seu.

Juntou os documentos de fls. 08/56.

Na contestação de fls. 60/70, a parte ré alegou, em síntese, a validade da aplicação do referido redutor, feita segundo as normas legais aplicáveis, a saber, Lei 6.435/77, e Decreto 81.240/78, bem como o regulamento da FAELCE.

Carreou os documentos de fls. 71/97.

Pela réplica de fls. 100/114, a parte autora, em suma, reiterou os termos de sua exordial.

Como a matéria em tablado era somente de direito, anunciou-se o julgamento antecipado da lide (fl.118), do qual nenhuma das partes se insurgiu.

Pela sentença de fls. 119/123, o MM. Juiz *a quo* julgou procedente a ação nos termos já anunciados.

A instituição ré, repisando os argumentos da peça contestatória, apelou do *decisum*, buscando a sua reforma integral, pelas razões que constam às fls. 125/133, alegando, ainda, como preliminar a incompetência absoluta deste egregio Tribunal.

Contra-razões às fls. 147/163.

É o relatório.

VOTO

O apelo não merece acolhimento.

Primeiramente, analiso a preliminar de incompetência arguida pela FAELCE. Defende a instituição de previdência fechada que a justiça competente para processar e julgar a demanda seria a Trabalhista, pois a lide em tablado seria oriunda de relação de trabalho com esteio no inciso IX do art. 114 da CF/88.

Contudo, em uma leitura mais atenta dos autos, especificamente focada na forma de como se originou o benefício em disputa, observo que o Estatuto da entidade é claro em afirmar que a adesão à FAELCE não se faz em razão de obrigação no contrato laboral, conforme se verá a seguir:

“Art. 9º. São participantes, observadas as condições do Regulamento, os empregados da Patrocinadora e os da própria FAELCE que **requererem** sua inscrição e tiverem a mesma deferida, depois de cumpridas as exigências regulamentares.” (grifo nosso)

O Supremo Tribunal Federal, inclusive, já enfrentou essa questão, decidindo que a Justiça do Trabalho só seria competente se a lide tivesse origem em regra estabelecida no contrato de trabalho, senão veja-se:

“Complementação de aposentadoria e/ou pensão. Entidade de previdência privada. Competência. (...) A Justiça do Trabalho dispõe de competência para apreciar litígios instaurados contra entidades de previdência privada e relativos à complementação de aposentadoria, pensão ou de outros benefícios previdenciários, desde que a controvérsia jurídica resulte de obrigação oriunda de contrato de trabalho. Precedentes. Competirá, no entanto, à Justiça Comum, processar e julgar controvérsias relativas à complementação de benefícios previdenciários pagos por entidade de previdência privada, se o direito vinculado não decorrer de contrato de trabalho. Precedentes.” (AI 713.670-AgR, Rel. Min. Celso de Mello, julgamento em 10-6-08, 2ª Turma, DJE de 8-8-08). No mesmo sentido: AI 730.361-AgR, Rel. Eros Grau, julgamento em 17-3-09, 2ª Turma, DJE de 17-4-09; AI 591.875-AgR, Rel. Min. Eros Grau, julgamento em 8-8-06, 2ª Turma, DJ de 8-9-06; AI 198.260-AgR, Rel. Min. Sydney Sanches, julgamento em 1º-3-05, 1ª Turma, DJ de 16-11-01; AI 524.869-AgR, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, julgamento em 7-8-01, 1ª Turma, DJ de 11-3-05. (grifo nosso)

Por sua vez, o Superior Tribunal de Justiça entende:

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO RECEBIDOS COMO AGRAVO REGIMENTAL. PRINCÍPIO DA FUNGIBILIDADE. PREVIDÊNCIA PRIVADA. COMPLEMENTAÇÃO DE APOSENTADORIA. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA COMUM ESTADUAL. AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO. APLICAÇÃO DA MULTA DO ARTIGO 557, § 2º DO CPC.

1. Embargos de declaração. Efeitos infringentes. Princípio da fungibilidade: sendo a intenção da parte imprimir efeitos infringentes ao julgado proferido no agravo de instrumento, é possível a aplicação do princípio da fungibilidade para receber os presentes embargos declaratórios como agravo regimental.

2. Previdência Privada. Complementação de Aposentadoria. Competência da Justiça Comum Estadual: é assente o

entendimento deste STJ que compete à Justiça comum estadual, e não à Justiça do Trabalho, julgar ação de cobrança de complementação de aposentadoria movida pelo segurado contra instituição de previdência privada. Precedentes, entre outros: EDcl no Ag 1096998/RJ e REsp 328401/DF.

3. Agravo regimental a que se nega provimento. (Processo EDcl no Ag. 898213 / DF, EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO AGRAVO DE INSTRUMENTO 2007/0120061-3, Relator Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, Órgão Julgador T4 - QUARTA TURMA, Data do Julgamento 19/05/2009, Data da Publicação/Fonte DJe 01/06/2009) (grifo nosso)

In casu, como o direito em discussão não está vinculado a contrato de trabalho, observa-se, na esteira de pensamento do excelso STF, que a competência para julgar e processar a presente demanda é deste eg. Sodalício.

Portanto, rejeito a preliminar de incompetência absoluta.

No mérito, o presente recurso devolve, em suma, as seguintes questões: a) seria aplicável o CDC ao caso?; e b) seria legítima a aplicação do redutor etário no cálculo do benefício, uma vez que o mesmo foi instituído por decreto e não por lei?.

A primeira questão em tablado diz respeito à aplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor – CDC em casos envolvendo entidades de previdência privada. Assim, urge definir o conceito e área de atuação destes institutos.

As entidades de previdência privada, para os efeitos da Lei, são as que têm por objeto instituir planos privados de concessão de pecúlios ou de rendas, de benefícios complementares ou assemelhados aos da Previdência Social, mediante contribuição de seus participantes, dos respectivos empregadores ou de ambos.

Vê-se, portanto, que a FAELCE, como entidade de previdência privada, presta serviços aos seus associados. Contudo, esses atos constituem relação de consumo?

Como sabido, para a aplicação das normas protetivas do CDC é necessária a caracterização da relação de consumo. Para tanto, nos pólos da relação jurídica devem existir um consumidor (ou ente equiparado) e um fornecedor.

Não existem grandes polêmicas a respeito da caracterização do fornecedor. Registre-se que o STJ tem admitido, inclusive, a aptidão de associações e sociedades sem fins lucrativos para figurarem como fornecedor (RESP de nº 436.815 e de nº 519.310, dentre outros).

Com efeito, quando elas exercem atividades remuneradas no mercado de consumo como uma sociedade empresária (ex: contratos de mútuo, de prestação

de serviços médicos), não será a sua natureza jurídica que excluirá a aplicação das normas protetivas do CDC em favor dos consumidores, pois os critérios para a caracterização dos fornecedores previstos no Art. 3º do referido diploma normativo são puramente objetivos.

Deste modo, a FAELCE configura-se como fornecedora de serviços, de acordo com o CDC, pois os presta aos seus segurados, preenchendo todos os requisitos do Art. 3º do Código Consumerista. Neste tocante, o Egrégio Superior Tribunal de Justiça tem várias decisões, a saber:

“PREVIDÊNCIA PRIVADA. RESCISÃO DO CONTRATO. DEVOLUÇÃO DAS PARCELAS PAGAS. APLICAÇÃO DO CDC.

- O associado que se desvincula da entidade de previdência privada tem direito à restituição das parcelas pagas.

- Firme a jurisprudência do STJ ao afirmar que as entidades de previdência privada estão sujeitas às normas de proteção do consumidor”. (STJ - AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL 2006/0065371-1; Relator Ministro HUMBERTO GOMES DE BARROS, Órgão Julgador - TERCEIRA TURMA, Data do Julgamento 24/08/2006, Data da Publicação/Fonte, DJ 11.09.2006 p. 282)

“PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL. PREVIDÊNCIA. RESTITUIÇÃO INTEGRAL DAS CONTRIBUIÇÕES PESSOAIS. ANÁLISE DE MATÉRIA CONSTITUCIONAL. IMPOSSIBILIDADE. CDC. APLICAÇÃO. FUNDAMENTO INATACADO. SÚMULA N. 283-STF.

[...]

II. O CDC é aplicável às entidades abertas e fechadas de previdência complementar. [...]”

(Súmula n. 283-STF). IV. Agravo improvido. (STJ - AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL 2006/0110351-7, Relator Ministro ALDIR PASSARINHO JUNIOR, Órgão Julgador - QUARTA TURMA, Data do Julgamento 03/08/2006, Data da Publicação/Fonte DJ 04.09.2006 p. 288) (supressão nossa)

Sendo o CDC aplicável à espécie, observa-se que os contratos de previdência privada não podem ser alterados sem anuência expressa dos seus segurados, como quer a FAELCE. Desta forma, a regra é a utilização do pacto realizado ao tempo da sua feitura pelas partes.

Portanto, diferente do sistema público de previdência, no qual a lei nova implica em mudança obrigatória do regime, no caso das entidades de previdência privada, tem os seus segurados o direito à aplicação do regime no qual se inscreveram.

O debate segue agora a respeito da legalidade da alteração da Lei por Decreto no Estatuto da FAELCE. Sustenta a referida entidade ser legal conceder a complementação de aposentadoria nos moldes feitos, pois o teor do artigo 34, inciso IV, do Decreto N° 81.240/78, previu o limite etário mínimo de cinquenta e cinco (55) anos de idade, para a fruição do direito ao benefício.

Vê-se, claramente, que a argumentação exposta afronta mortalmente o princípio da legalidade e o disposto no art. 84, IV, da Carta Magna, quando dispõe que o poder regulamentar há de se manter nos precisos limites assinalados pela lei, uma vez que somente as leis, em seu sentido formal, possuem a capacidade de criar, modificar, transformar ou extinguir direitos e obrigações.

Desse modo, a exigência de 55 (cinquenta e cinco anos), para a aposentadoria por tempo de serviço, prevista no Decreto n° 81.240, de 20 de janeiro de 1978, o qual regulamentou a Lei n° 6.435, de 15.07.77, relativa às entidades de previdência privada, não foi recepcionada pela nova ordem constitucional, que não faz esta distinção em seu artigo 202. Ressalte-se que sequer havia tal exigência na própria Lei aplicável à espécie.

Por tais razões, verifica-se uma ampliação ilegal do texto normativo em debate, acarretando restrição de direitos, em frontal violação ao princípio constitucional da legalidade, *ex vi* do artigo 5°, inciso II da Constituição Federal.

Ademais, de há muito este Eg. Tribunal de Justiça já se posicionou a respeito do tema, como se vê, nos autos da Apelação Cível de n° 96.03433-4, da qual foi relator o saudoso Des. Júlio Carlos de Miranda Bezerra:

“PREVIDÊNCIA PRIVADA. SUPLEMENTAÇÃO DE APOSENTADORIA. A CAPEF - Caixa de Previdência dos Funcionários do Banco do Nordeste do Brasil está obrigada a complementar a aposentadoria dos apelados, quando oficialmente declarada de acordo com o art. 37 de seu Estatuto. Recurso Provido”.

Desta Segunda Câmara Cível, emergem os seguintes precedentes, de relatoria do douto Desembargador João de Deus Barros Bringel e, em seguida, da eminente Desembargadora Gizela Nunes da Costa:

“EMENTA: PREVIDÊNCIA PRIVADA. APOSENTADORIA ANTES DE COMPLETADA A IDADE DE 55 ANOS. PAGAMENTO DA COMPLEMENTAÇÃO COM REDUTOR ETÁRIO. IMPOSSIBILIDADE DIANTE DO SILÊNCIO DO REGULAMENTO VIGENTE À ÉPOCA DA ADESÃO DO CONTRATO. RECURSO CONHECIDO, MAS NÃO PROVIDO.” (APELAÇÃO CÍVEL 2006.0024.1107-5/1, julgada em 17/12/2008)

“EMENTA: Direito Previdenciário e Constitucional. Previdência Privada. Complementação de Aposentadoria. Recusa da CAPEF em implementar obrigação legal e estatutária consistente no pagamento mensal de complementação de aposentadoria de funcionária do BNB S/A e integrante da Caixa de Previdência. Art. 31, inciso IV do Decreto N° 81.240/78 regulador da Lei Federal N° 6.435/77 - em frontal violação ao artigo 84, inciso IV da Carta Política. Recurso de apelação conhecido mas improvido”. (APC 2001.0000.2728-5/0)

O Supremo Tribunal Federal, por seu Ministro Carlos Veloso, despachando na Ação Direta de Inconstitucionalidade de n° 992/3, do Rio de Janeiro, tendo como requerente a Confederação Nacional dos Trabalhadores do Setor Mineral e como requerido o Presidente da República, consigna o expressivo registro:

“Tanto o Decreto n° 81.240/78, quanto a Lei 6.435/77, são anteriores à Constituição vigente. O Supremo Tribunal Federal já assentou, iterativamente, que norma anterior à Constituição e com esta incompatível, considera-se revogada, dado que não há falar em inconstitucionalidade superveniente”.

Portanto, nas palavras do culto desembargador José Arísio Lopes da Costa proferidas quando do julgamento do Agravo de Instrumento Cível de n° 2000.0013.3755-7/0:

“[...]é de concluir-se que andou bem o magistrado prolator da decisão recorrida ao conceder a tutela antecipatória, declarando *initio litis* a ilegalidade do dispositivo invocado pela agravante para eximir-se da obrigação reclamada nos autos - Art. 31, inciso IV do Decreto N° 81.240/78.” (itálico do original)

Forte em tais razões, conheço o apelo interposto, mas lhe negar provimento, mantendo inalterada a sentença vergastada.
É como voto.

Fortaleza, 24 de junho de 2009.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 20598-65.2002.8.06.0000/0,
ORIUNDA DA 21ª VARA CÍVEL DA COMARCA DE FORTALEZA.
APELANTE: POLY-TEC COMÉRCIO E REPRESENTAÇÃO LTDA.
APELADA: POLITEC COMÉRCIO E REFRIGERAÇÃO LTDA.
RELATORA: DESA. MARIA IRACEMA DO VALE HOLANDA.

EMENTA: EMPRESARIAL. NOME COMERCIAL. REGISTRO. PRINCÍPIOS DA ANTERIORIDADE E EXCLUSIVIDADE. ATIVIDADES SEMELHANTES. IDENTIFICAÇÃO PRÓPRIA. USO DESAUTORIZADO. PROTEÇÃO LEGAL. LEI N. 8.934/1994, ARTS. 33 E 35.

1. A CONTROVÉRSIA A SER DIRIMIDA NOS PRESENTES AUTOS DIZ RESPEITO A QUESTIONAMENTO SOBRE A SEMELHANÇA DO NOME COMERCIAL DAS EMPRESAS “POLITEC COMÉRCIO E REFRIGERAÇÃO LTDA.” E “POLY-TEC COMÉRCIO E REPRESENTAÇÃO LTDA.”.

2. NO PRESENTE CASO, EXISTE UMA NÍTIDA SEMELHANÇA ENTRE O NOME COMERCIAL DAS DUAS EMPRESAS LITIGANTES, COMPROMETENDO SEU CARÁTER INDIVIDUALIZADOR, VIOLANDO OS ARTS. 33 E 35, V, DA LEI N. 8.934/1994 QUE ALBERGAM O PRINCÍPIO DA EXCLUSIVIDADE DO USO DE MARCA.

3. A PROTEÇÃO AO NOME COMERCIAL SE DESTINA A TUTELAR DOIS INTERESSES DISTINTOS, A SABER: DE UM LADO, A PRESERVAÇÃO DA CLIENTELA; DE OUTRO, A PRESERVAÇÃO DO CRÉDITO. DESTA FORMA, TAL PROTEÇÃO SÓ SE JUSTIFICA SE AS EMPRESAS ATUAREM EM RAMOS DE ATIVIDADE IDÊNTICOS OU SIMILARES, O QUE É O CASO DOS AUTOS.

4. COMO A EMPRESA “POLITEC COMÉRCIO E REFRIGERAÇÃO LTDA.” PROCEDEU O

ARQUIVAMENTO DO ATO CONSTITUTIVO E O REGISTRO JUNTO AO INSTITUTO NACIONAL DE PROPRIEDADE INDUSTRIAL EM PRIMEIRO LUGAR, TEM ELA DIREITO AO USO DO NOME COMERCIAL DE MODO EXCLUSIVO.

- APELAÇÃO CONHECIDA E DESPROVIDA.
- SENTENÇA MANTIDA.
- UNÂNIME.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de Apelação Cível nº 20598-65.2002.8.06.0000/0, em que figuram as partes acima indicadas. Acorda a 4ª Câmara Cível do egrégio Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, por unanimidade, em conhecer do recurso, mas para negar-lhe provimento, confirmando a sentença, nos termos do voto desta Relatora.

Fortaleza, 10 de março de 2010.

RELATÓRIO

Tratam os autos de Apelação Cível interposta com o objetivo de reformar sentença na qual o juízo *a quo* julgou procedente a demanda.

O caso/a ação originária: POLITEC Comércio e Refrigeração Ltda. ingressou com ação ordinária requerendo que outra empresa, com nome comercial semelhante ao seu, alterasse sua denominação. POLY-TEC Comércio e Representação Ltda., por ocasião de sua contestação (fls. 36/43), alegou que seu ramo de atuação não se confundia com o da autora, não gerando confusão entre os consumidores.

A sentença: às fls. 93/95, o Juízo da Vara Única da Comarca de Aratuba decidiu pela procedência da ação. Transcrevo o dispositivo no que interessa:

“Julgo Procedente esta ação, o que faço por esta sentença, *ex vi* do art. 459 do CPC, **condenando a requerida a alterar a sua denominação social, adotando nome empresarial diferente do da autora.** O presente julgamento se fundamenta nos art. 33 e 34 da Lei nº 8.934/94 que conferem proteção ao nome empresarial, valendo-se do princípio da novidade. Pagará a condenada as despesas

processuais, englobando as custas judiciais e honorários advocatício fixados em dez por cento sobre o valor da causa”.

A Apelação: inconformado com a sentença, a empresa promovida, interpôs o presente recurso (fls. 101/110), repisando os mesmos argumentos da inicial.

Não foram apresentadas contrarrazões à apelação, conforme certidão de fl. 114.

É o relatório.

Revisão feita pelo Excelentíssimo Senhor Desembargador Lincoln Tavares Dantas.

VOTO

A controvérsia a ser dirimida nos presentes autos diz respeito a questionamento sobre a semelhança do nome comercial das empresas “POLITEC Comércio e Refrigeração Ltda.” e “POLY-TEC Comércio e Representação Ltda.”.

Entende-se por nome comercial ou empresarial o termo ou expressão pelo qual a empresa se apresenta à sua clientela e opera sua atividade negocial. No presente caso, existe uma nítida semelhança entre o nome comercial das duas empresas litigantes, comprometendo seu caráter individualizador.

A proteção ao nome comercial se destina a tutelar dois interesses distintos, a saber: de um lado, a preservação da clientela; de outro, a preservação do crédito. Desta forma, tal proteção só se justifica se as empresas atuarem em ramos de atividade idênticos ou similares, visando evitar a possibilidade de confusão do consumidor quando da aquisição de referido serviço ou produto. É o que se extrai do Art. 129 da Lei n. 9.279/1996:

“Art. 129. A propriedade da marca adquire-se pelo registro validamente expedido, conforme as disposições desta Lei, sendo assegurado ao titular seu uso exclusivo em todo o território nacional, observado quanto às marcas coletivas e de certificação o disposto nos arts. 147 e 148”.

No presente caso, a “POLITEC” comercializa materiais elétricos e presta serviços de refrigeração e a “POLY-TEC” comercializa rolamentos, válvulas, conexões, correias, mangueiras e acessórios para indústrias. Como se

percebe, embora o objeto das empresas não seja idêntico, eles se relacionam, pois ambas atuam no ramo dos materiais elétricos e hidráulicos, havendo a possibilidade de que clientes comuns confundam as duas empresas.

A exclusividade de uso de marca, conseqüente ao registro, importa proibição de uso de marca idêntica, semelhante, afim, ou suscetível de induzir em erro ou confusão, seja como marca propriamente dita, seja como título de estabelecimento, papel, insígnia, ou nome comercial, por terceiro não autorizado.

Vale ressaltar que o arquivamento do ato constitutivo da “POLITEC” ocorreu em 02.02.1985 e o registro junto ao Instituto Nacional de Propriedade Industrial em 25.02.1987. Por outro lado, o registro na Junta Comercial da “POLYTEC” somente ocorreu em 10.06.1996. Desta forma, não há dúvida de que a empresa apelante registrou seu nome em data posterior à apelada.

Concluindo que as atividades das duas empresas se relacionam e que o nome comercial de uma delas já encontrava-se registrado, não poderia ser arquivado contrato social de empresa com denominação foneticamente idêntica e grafia semelhante. É o que determina os arts. 33 e 35, V da Lei n. 8.934/1994 que dispõem:

“Art. 33. A proteção ao nome empresarial decorre automaticamente do arquivamento dos atos constitutivos de firma individual e de sociedades, ou de suas alterações.

Art. 35. Não podem ser arquivados:

(...)

V - os atos de empresas mercantis com nome idêntico ou semelhante a outro já existente;”

O Superior Tribunal de Justiça já se manifestou sobre a matéria nos seguintes termos:

“COMERCIAL E PROCESSUAL CIVIL. ACÓRDÃO ESTADUAL. NULIDADE NÃO CONFIGURADA. NOME COMERCIAL. REGISTRO. ANTERIORIDADE. CONJUGAÇÃO DE PALAVRAS INGLESAS (“BEST WAY”). ATIVIDADES SEMELHANTES. AUSÊNCIA DE EXPRESSÃO COMUM. IDENTIFICAÇÃO PRÓPRIA. USO DESAUTORIZADO. PROTEÇÃO LEGAL. LEI N. 8.934/1994, ARTS. 33 E 35, V. I. A conjugação de palavras corriqueiras, mas

que, conjugadas, criam expressão que traz significado próprio e identificação específica para quem a emprega em seu nome (“Best Way”), constitui marca a que a lei confere proteção a partir do registro da empresa na Junta Comercial, de sorte que se afigura ilegítima a utilização, por outra, da mesma denominação, notadamente quando ainda exercem atividades sociais semelhantes, caso dos autos. II. Recurso especial conhecido e provido”. (REsp 267.541/SP, Rel. Ministro ALDIR PASSARINHO JUNIOR, QUARTA TURMA, julgado em 22/08/2006, DJ 16/10/2006 p. 376)

Este egrégio Tribunal de Justiça partilha do mesmo entendimento, como se depreende do seguinte excerto jurisprudencial:

“Nome comercial, “Help Skap” e “Help Kar”. Semelhança de palavras que compõem o núcleo da denominação de fantasia, identidade dos ramos de comércio e vizinhança de ambos os estabelecimentos, a possibilitar confusão e conseqüente desvio da clientela. O direito ao uso do nome em questão pertence exclusivamente à firma que arquivou na Junta Comercial o seu contrato constitutivo com a designação “Help Skap”. Recurso improvido”. (TJCE; APC 15552-95.2002.8.06.0000/0; 1ª CÂMARA CÍVEL; Des. FRANCISCO HUGO ALENCAR FURTADO; julgado em 21/03/2003; julgado em 21/03/2003; DJ de 15/04/2003)

Destarte, a manutenção da sentença é medida que se impõe.

DISPOSITIVO

Do exposto, conheço do recurso, por estarem presentes todos os pressupostos, mas para NEGAR-LHE PROVIMENTO, para o fim específico de determinar que a apelante altere sua denominação social, adotando nome comercial diferente do da apelada.

Expedientes Necessários.

Fortaleza, 10 de março de 2010.

APELAÇÃO CÍVEL E REEXAME NECESSÁRIO Nº. 471763-57.2000.8.06.0000/0 DE FORTALEZA

RELATOR: DES. RÔMULO MOREIRA DE DEUS

RECORRENTE: JUIZ DE DIREITO DA 3ª VARA DA FAZENDA PÚBLICA DE FORTALEZA

APELANTES: ESTADO DO CEARÁ, MOACIR ASSIS DE SOUSA, JOSÉ BARROS FEITOSA, ANTÔNIO LIBERATO FILHO, FRANCISCO OUVÍDIO PIRES E ANTÔNIO CARNEIRO

APELADOS: OS MESMOS RECORRENTES

EMENTA: CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. MILITARES INATIVOS. ACRÉSCIMO VENCIMENTAL. MAJORAÇÃO DA INDENIZAÇÃO DE REPRESENTAÇÃO. LEI ESTADUAL N. 12.528/95. POSTERGAÇÃO DOS EFEITOS FINANCEIROS DA LEI CONCESSIVA DO AUMENTO POR DIPLOMA LOCAL SUPERVENIENTE (LEI N. 12.590/96). SENTENÇA *EXTRA PETITA*. ANULAÇÃO. CAUSA MADURA. JULGAMENTO PELO TRIBUNAL. APLICAÇÃO ANALÓGICA DO ART. 515, §3º, C.PR.CIVIL. POSSIBILIDADE. PROCEDÊNCIA DO PEDIDO ANTE A CONSTATAÇÃO DE OFENSA A DIREITO ADQUIRIDO. JURISPRUDÊNCIA LOCAL E DO STJ.

1. Detectado julgamento *extra petita*, pode e deve o Tribunal anular a sentença e enfrentar de logo o mérito do litígio, dispensando a devolução da causa à instância inferior, pois se a demanda está suficientemente madura, devidamente instruída e versando unicamente sobre questão de direito, há de prevalecer a celeridade processual, mormente quando as partes manifestam interesse recursal em ver resolvida de logo a contenda, devolvendo ao Tribunal o exame das questões de mérito postas na controvérsia, conforme diretiva doutrinário-jurisprudencial.

2. A Lei Estadual n. 12.590/96, ao postergar a repercussão financeira da majoração da indenização

de representação fixada pela Lei n. 12.528/95, incorreu em maltrato ao direito adquirido dos Autores apelantes, pois os efeitos pecuniários do aumento legalmente concedido já tinham se concretizado no tempo, passando a integrar o patrimônio dos beneficiários, sendo injurídica a modificação aportada por lei nova, atingindo situação consolidada. Precedentes da Corte e do STJ.

3. Apelo dos Promoventes conhecido e provido, julgando-se procedente o pedido formulado na ação. Reexame necessário e apelação estatal desprovidos.

4. Unanimidade.

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 e por unanimidade de votos, em conhecer dos recursos interpostos para desconstituir a sentença *extra petita* e julgar de logo o mérito da ação, dando provimento ao apelo da parte autora para reconhecer a procedência do pedido inicial, improvidas, por consequência, a remessa necessária e a apelação do Estado, nos termos do voto do Relator.

Fortaleza, 22 de março de 2010

RELATÓRIO

Tratam os autos de ação ordinária aforada por Policiais Militares reformados, através da qual pretendem que lhes seja reconhecido o direito de perceber a gratificação de representação, já incorporada aos seus proventos, com a majoração determinada pela Lei 12.528, de 21 de dezembro de 1995, por entenderem inaplicável a posterior modificação efetivada pela Lei 12.590, de 21 de maio de 1996, que diferiu os efeitos financeiros da Lei 12.528/96 de 1º de maio de 1996 para 1º de janeiro de 1997.

Alegam os Requerentes ofensa a direito adquirido e ao princípio da irredutibilidade vencimental pela norma ulterior, pugnando pela procedência da ação, com a determinação de que seja o aludido aumento implantado a partir de 1º de maio de 1996 (f. 2-11).

O Estado do Ceará contestou o feito (f. 17-29), alegando, em síntese,

que:

a) inexistente direito adquirido, mas apenas expectativa de direito, posto que a previsão constante da primeira norma legal ainda não havia se efetivado quando adveio a norma posterior que a modificou;

b) os Requerentes sequer têm direito a futuras majorações da referida gratificação de representação já incorporada aos seus proventos, visto que o art. 39 da lei que a instituiu (Lei 11.167/86) não foi recepcionado pela CF/88, em face do disposto em seu art. 37, inciso XIII.

Sentenciando o feito (f. 41-49), o Magistrado *a quo* julgou procedente a ação apenas em favor de dois dos cinco Promoventes, para declarar o direito dos mesmos de perceberem a gratificação de representação a partir de 25 de fevereiro de 1991, recorrendo, de ofício, da sua decisão.

Contra a referida sentença, os Autores interpuseram embargos de declaração (f. 52-55), alegando que não pleiteavam o reconhecimento do direito de receber a aludida gratificação de representação, pois a mesma já havia sido incorporada aos seus proventos, mas tão-só a majoração prevista na Lei 12.528/86, a partir de 1º de maio de 1996.

O Juiz de 1ª Grau rejeitou os declaratórios, mantendo inalterada a sentença (f. 74-76).

O Estado do Ceará apelou da decisão alegando, preliminarmente, julgamento *extra petita*. No mérito, pugnou pela reforma da sentença (f. 57-72). Os Autores também recorreram, renovando os argumentos apresentados na exordial (f. 88-97).

A Procuradoria Geral de Justiça posicionou-se pela anulação da sentença por julgamento *extra petita* e, em reexame necessário, o reconhecimento da improcedência da ação (f. 107-112).

VOTO

Buscam os Autores a implantação em seus ganhos de acréscimo pecuniário, a contar de 1º de maio de 1996, de acordo com o aumento previsto na Lei n. 12.528/95, que majorou o valor da representação percebida pelo Comandante Geral da Polícia Militar, vantagem que perfaz a base de cálculo da indenização de representação incorporada aos proventos dos Requerentes.

Ao sentenciar, o Magistrado desviou-se inteiramente do pedido e da causa de pedir, pois ao invés de deliberar sobre a majoração pretendida, terminou por reconhecer o direito à percepção da aludida gratificação em favor de alguns Autores, a partir de 25 de fevereiro de 1991.

Desse modo, o Juiz não alcançou o objeto da propositura, decidindo

questão alheia à pretensão dos Autores, que já haviam incorporado a verba de representação aos seus proventos, buscando tão-somente a concessão de aumento da parcela por força de lei posterior.

Resumindo: a demanda não diz respeito ao direito de receber a gratificação, mas de majorá-la.

Portanto, houve julgamento *extra petita*, impondo-se desconstituí-lo em observância ao princípio da correlação ou congruência plasmado nos arts. 128 e 460 do C.Pr.Civil, certo que o Juiz está adstrito aos elementos objetivos e subjetivos da lide, sendo-lhe vedado proferir decisão com base em fatos e fundamentos diversos dos que invocados na inicial, conferindo direitos não pleiteados.

Sendo assim, anulo a sentença e passo a enfrentar o mérito da demanda, aplicando analogicamente ao caso o permissivo do art. 515, §3º, C.Pr.Civil, uma vez que o processo comporta imediato julgamento, a controvérsia resume-se à questão unicamente de direito e as próprias partes manifestam interesse recursal em ver a contenda de logo resolvida, tornando-se dispensável a devolução dos autos à consideração da instância inferior, o que só resultaria em pura perda de tempo e conseqüente prejuízo à celeridade processual.

A propósito, há firme corrente no âmbito do Superior Tribunal de Justiça em favor da aplicação analógica da teoria da causa madura às hipóteses de julgamento de mérito, desde que a causa esteja suficientemente instruída e pronta para imediato deslinde.

Confirmam-se os precedentes, no que interessa:

“[...] O art. 515, §3º, do CPC, deve ser lido à luz do disposto no art. 330, I, do mesmo diploma, que trata do julgamento imediato do mérito. Poderá o Tribunal (assim como o juiz de primeiro grau poderia) pronunciar-se desde logo sobre o mérito se as questões de mérito forem exclusivamente de direito ou, sendo de fato e de direito, não houver necessidade de produção de novas provas. Entendimento doutrinário e jurisprudencial.” (REsp 797989, Relator Min. HUMBERTO MARTINS, 2ª Turma, DJ 15.05.2008);

“[...] a fim de se prestigiar os princípios da efetividade, celeridade e economia processual, deve-se evitar determinar o retorno dos autos ao primeiro grau de jurisdição, sempre que for possível a aplicação analógica do artigo 515, § 3º da Norma Processual. Assim, pode o Tribunal *a quo*, em verificando a existência de toda prova necessária ao julgamento do tema em debate e em versando a causa questão exclusivamente de direito, [...], empregar, à espécie, a Teoria da Causa Madura.” (Ag 883870, Relator Min. GILSON DIPP, DJ 19.06.2007);

“[...] O acórdão recorrido resolveu adequadamente a questão. Inicialmente anulou a sentença, que havia extrapolado os limites do pedido. Em seguida, usando da faculdade concedida pelo legislador, prevista no art. 515, § 3º, do CPC, considerou a causa madura para julgamento e adentrou no mérito da questão. [...] Tendo a parte requerido o pronunciamento do Tribunal sobre as questões meritórias, devolvendo-lhe o exame de tais pontos, o órgão julgador de segundo grau ficou legitimado para apreciar o *meritum causae*. [...]” (REsp 796296, Relator Min. JOSÉ DELGADO, 1ª Turma, DJ 29.05.2006);

“Agravo de Instrumento. Processual Civil. Tendo o Tribunal de origem corrigido o vício que inquinava a sentença, proferindo julgamento se atendo aos pedidos formulados na inicial, não é justificável que seja anulado os atos decisórios a contar da sentença, pois a Corte local, em consonância com a teoria da causa madura, que tem esteio no Código de Processo Civil, enfrentou o mérito da causa. Agravo a que se nega seguimento.” (Ag. 609088, Relator Min. LUIS FELIPE SALOMÃO, DJ 24.03.2009);

“PROCESSUAL CIVIL. MANDADO DE SEGURANÇA. CERTIDÃO NEGATIVA DE DÉBITOS. FGTS. SENTENÇA CONCESSIVA, PORÉM EXTRA PETITA. CASSAÇÃO PELO TRIBUNAL A QUO. APLICAÇÃO DO § 3º DO ART. 515 DO CPC. JULGAMENTO DO MÉRITO. POSSIBILIDADE. I – “A jurisprudência do STJ tem admitido, excepcionalmente, a utilização do referido dispositivo processual também em casos de cassação da sentença que extinguiu o processo com julgamento do mérito, haja vista que toda a instrução processual já havia se encerrado. [...] Na verdade, o que esta Corte tem acertadamente repellido é o julgamento originário do mérito em sede de apelação do qual decorra *reformatio in pejus*, [...] hipótese, que não se identifica com o panorama destes autos” (REsp nº 796.296/MA, Rel. Min. JOSÉ DELGADO, DJ de 29.05.2006). II - O caso em tela muito se assemelha ao do precedente antes destacado, não havendo, assim, por que entender pela violação ao § 3º do art. 515 do CPC: o Tribunal de origem, após anular a sentença proferida por considerá-la extra petita, prosseguiu no julgamento do mérito do mandamus, como lhe fora pleiteado na apelação, por considerar a causa madura e estritamente de direito. Ressalte-se, ainda, que houve por parte daquele Colegiado a observância ao Princípio do *reformatio in peius*. III - Recurso especial improvido.” (REsp 835318, Rel. Ministro FRANCISCO FALCÃO, 1ª Turma, DJ 16.10.2006).

Doutrina de peso também encampa semelhante orientação, conforme se lê nos comentários de Luiz Guilherme Marinoni e Daniel Mitidiero à teoria da causa madura:

“Causa madura. Nos casos de extinção do processo sem resolução de mérito (art. 267, CPC) e nos casos em que a sentença não resolveu o mérito da causa em toda a sua extensão, [...] o tribunal, conhecendo da apelação, poderá julgar desde logo a lide, se a causa versar questão exclusivamente de direito e estiver em condições de imediato julgamento. [...] O art. 515, § 3º, CPC, autoriza que o tribunal julgue desde logo a causa – ainda que a partir de matéria não apreciada em primeiro grau – desde que as partes não tenham nada mais a alegar ou provar. Vale dizer: as causas que admitem a aplicação do art. 515, § 3º, CPC, são as causas maduras. Causa madura é aquela cujo processo já se encontra com todas as alegações necessárias feitas e todas as provas admissíveis colhidas. Observe-se, em realidade, que o que realmente interessa para aplicação do art. 515, § 3º, CPC, é que a causa comporte imediato julgamento pelo tribunal – por já se encontrar devidamente instruída. [...] Estando madura a causa – observada a necessidade de um processo justo no seu amadurecimento (art. 5º, LIV, CRFB) – nada obsta que o tribunal, conhecendo da apelação, avance sobre questões não-versadas na sentença para resolvê-la no mérito.” (Código de Processo Civil comentado artigo por artigo, São Paulo: RT, 2008, p. 527-528).

À vista do exposto, resta plenamente justificada a possibilidade de o Tribunal analisar de logo o mérito do litígio, abreviando-lhe o desfecho, máxime porque a matéria versada já está pacificada na jurisprudência local e superior, configurando verdadeiro contra-senso adiar a solução da causa, correndo-se o risco de decisões tardias e vacilantes em torno de questão já definitivamente superada.

Nessa perspectiva, em análise de mérito, assiste razão aos Autores Apelantes.

Sancionada em 29 de maio de 1996, a Lei Estadual n. 12.590/96 postergou a repercussão financeira da majoração da indenização de representação fixada pela Lei n. 12.528/95, incorrendo em maltrato ao direito adquirido dos Autores apelantes, pois os efeitos pecuniários do aumento legalmente concedido já tinham se concretizado desde 1º de maio de 1996, passando a integrar o patrimônio dos beneficiários, sendo injurídica a modificação aportada por lei nova, atingindo situação consolidada no tempo.

Também não há que se falar em vinculação remuneratória vedada pela ordem constitucional, pois os Autores integram a mesma estrutura funcional do Comandante da Polícia Militar.

Nesse sentido, lecionam iterativos precedentes locais, inclusive sucessivas decisões plenárias:

“Ementa: CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO ORDINÁRIA. SERVIDORES PÚBLICOS. POLICIAIS MILITARES ATIVOS E INATIVOS. INDENIZAÇÃO DE REPRESENTAÇÃO. MAJORAÇÃO. LEI Nº 12.528/95. POSTERGAÇÃO. LEI Nº 12.590/96. OFENSA A DIREITO ADQUIRIDO. PRECEDENTES DO STJ. RECURSO PROVIDO. 1. Considera-se adquirido aquele direito que já se integrou ao patrimônio e à personalidade de seu titular, de modo que nem norma, nem fato posterior possam alterar situação jurídica já consolidada sob sua égide. 2. No caso, a postergação dos efeitos financeiros da majoração da indenização de representação estabelecida pela Lei nº 12.590/96, feriu direito adquirido dos autores/apelantes, posto que já incorporados ao patrimônio destes. Precedentes do STJ. Recurso conhecido e provido.” (Ap. Cível n. 466934-33.2000.8.06.0000/0, 3ª Câmara Cível, Rel. Des. ANTÔNIO ABELARDO BENEVIDES MORAES, j. 07.01.2008);

“Ementa: [...] - Caracteriza violação a direito adquirido a prorrogação dos efeitos financeiros da majoração da indenização de representação pela Lei Estadual nº 12.590/96, eis que tais efeitos já tinham sido concretizados em data fixada pela Lei Estadual nº 12.528/95 e inclusive ultrapassada quando da edição da Lei posterior, passando tal verba desde então a integrar o patrimônio dos impetrantes. - Precedentes do STJ e desta Corte. - Ordem concedida à unanimidade.” (MS 485789-60.2000.8.06.0000/0, Pleno, Rel. Des. LUIZ GERARDO DE PONTES BRÍGIDO, j. 12.03.2009; idem MS [485492-53.2000.8.06.0000/0](#), MS [485388-61.2000.8.06.0000/0](#), MS [485387-76.2000.8.06.0000/0](#));

“CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. POLICIAIS MILITARES, BOMBEIROS MILITARES INATIVOS E PENSIONISTA. INDENIZAÇÃO DE REPRESENTAÇÃO. MAJORAÇÃO. LEI ESTADUAL Nº 12.528/1995. POSTERGAÇÃO. LEI ESTADUAL Nº 12.590/1996. TRANSGRESSÃO AO DIREITO ADQUIRIDO. PRECEDENTES DO STJ. 1. Adquirido é o direito que se integrou ao patrimônio e à personalidade de seu titular, de tal modo que nem norma nem fato posterior possam modificá-lo. 2. A postergação dos efeitos financeiros da majoração da indenização de representação estabelecida pela Lei 12.590/1996 malferiu direito adquirido pelos recorrentes, porquanto já incorporado ao patrimônio de cada um deles. Precedentes do STJ. PRESCRIÇÃO DO FUNDO DE DIREITO. DECRETO Nº 20.910/1932. Nas demandas em que se discute o reajuste de proventos de servidores, a prescrição não atinge o próprio fundo de direito, mas, tão somente, as parcelas anteriores ao quinquênio que antecedeu à propositura da ação. Precedentes do STJ. 3. Recurso conhecido e provido.” (Ap. Cível n. 593161-65.2000.8.06.0001/1, 1ª Câmara Cível, Rel. Des. FERNANDO XIMENES, j. 27.07.2009);

“Ementa: CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. POLICIAL MILITAR DO ESTADO DO CEARÁ. MAJORAÇÃO DA INDENIZAÇÃO DE REPRESENTAÇÃO. LEI ESTADUAL N. 12.528/1995, ART. 1º. POSTERGAÇÃO DE SUA EFICÁCIA. EDIÇÃO DA LEI ESTADUAL N. 12.590/1996. VIOLAÇÃO AO DIREITO ADQUIRIDO E AO PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA IRREDUTIBILIDADE DE VENCIMENTOS (CF, ARTS. 5º, INC. XXXVI, E 37, INC. XV E LICC, ART. 6º, § 2º). APELAÇÃO CONHECIDA E PROVIDA. 1. A edição da Lei estadual n. 12.590, de 29 de maio de 1996, que postergou, para 1º de janeiro de 1997, a eficácia da majoração da indenização de representação dos policiais militares estaduais, concedida pela Lei estadual n. 12.528, de 21 de dezembro de 1995, com eficácia diferida para o dia 1º de maio de 1996, implicou violação ao direito adquirido (CF, art. 5º, inc. XXXVI, e LICC, art. 6º, § 2º), assim como ao princípio da irredutibilidade de vencimentos (CF, art. 37, inc. XV). 2. É que, embora somente ao final do trintídio de prestação de serviços, tenham os servidores o direito ao recebimento da remuneração total, já que são remunerados por mês, adquirem, a cada dia do mês, o direito ao recebimento dos vencimentos referentes àquele dia trabalhado. 3. Assim, na espécie, quando da edição da Lei estadual n. 12.590/96, já tinham os promoventes, desde 1º de maio de 1996, adquirido o direito à percepção da indenização de representação com a majoração perpetrada pela Lei estadual n. 12.528/95, desde 1º de maio de 1996, não havendo que se falar, ao contrário do que entendeu o MM. Juiz *a quo*, de mera expectativa de direito. Precedentes do Eg. Superior Tribunal de Justiça e desta C. Corte de Justiça. 4. Apelação conhecida e provida.” (Ap. Cível 471436-15.2000.8.06.0000/0, 1ª Câmara Cível, Rel. Des. RAUL ARAÚJO FILHO, j. 14.10.2009).

Na diretiva, posição do STJ:

“ADMINISTRATIVO. SERVIDOR PÚBLICO. REAJUSTE. LEIS N°s 12.528/95 e 12.590/96 DO ESTADO DO CEARÁ. REAJUSTE. PRORROGAÇÃO. OFENSA A DIREITO ADQUIRIDO.

1 - A prorrogação do reajuste previsto na Lei n° 12.528/95, determinada pela Lei n° 12.590, configurou violação ao direito adquirido dos servidores militares do Estado do Ceará. 2 - Precedentes. 3 - Recurso provido.” (RMS 022472/CE, Rel. Min. Paulo Gallotti, DJ 02.12.2008);

“RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. ADMINISTRATIVO. SERVIDORES PÚBLICOS DO ESTADO DO CEARÁ. MAJORAÇÃO DE VENCIMENTOS. POSTERGAÇÃO. DIREITO ADQUIRIDO. RECURSO PROVIDO.

1. Viola direito adquirido a postergação de reajuste remuneratório quando este já estava incorporado ao patrimônio dos servidores, ainda que de forma proporcional ao período efetivamente trabalhado. 2. A Lei nº 12.590/96 não poderia ter prorrogado a majoração nos vencimentos dos servidores sem fazer ressalvas ao direito concedido pela Lei 12.528/95 e já incorporado ao patrimônio daqueles (Precedentes do Superior Tribunal de Justiça). 3. “Por expressa previsão legal, a verba postulada é concedida aos inativos. E ainda, conquanto denominada de indenização, claro está, pois concedida indistintamente a todos os integrantes da polícia militar do Ceará, que essa vantagem não se reveste de nenhuma eventualidade ou especialidade, caracterizando-se, muito mais, como uma parcela do vencimento, este compreendido como a retribuição pecuniária pelo exercício de cargo público. Não se caracteriza o desrespeito ao art. 37, XIII, da CF, uma vez que essa norma o que impede é a vinculação remuneratória entre cargos diversos. No caso específico, os recorrentes são ex-integrantes, ou pensionistas destes, da polícia militar, ou seja, pertencem à mesma corporação, integram a mesma estrutura funcional que o Comandante da PM.” (RMS 9.659/CE, in DJ 1º/7/90). 4. Recurso provido. Ordem concedida nos termos do pedido.” (RMS 9.888/CE, Rel. Ministro HAMILTON CARVALHIDO, T6, DJ 04.02.2002).

Por esses fundamentos, desconstituo a sentença de 1º Grau ante a ocorrência de decisão *extra petita* e com esteio na aplicação analógica do art. 515, §3º, C.Pr.Civil, dou provimento ao apelo dos Autores para julgar procedente o pedido formulado na inicial, a fim de que seus proventos sejam majorados desde 1º de maio de 1996, na conformidade da Lei n. 12.528/95.

Em face de tal desfecho, nego provimento ao reexame necessário e ao apelo estatal.

Sem custas, a teor do Art. 10, inciso I, da Lei Estadual n. 12.381/94 – Regimento de Custas do Estado do Ceará.

Honorários advocatícios fixados em desfavor do Estado no valor de R\$ 1.000,00 (um mil reais), conforme precedente símile, observadas as disposições dos §§ 3º e 4º do art. 20, C.Pr.Civil.

É como voto.

Fortaleza, 22 de março de 2010.

Nº 2000.0014.6660-9/1 – APELAÇÃO CÍVEL
COMARCA – FORTALEZA
APELANTES - ROSE NELY GALVÃO DE OLIVEIRA
ROSE NEUSA GALVÃO MOTA
ROSE MARY GALVÃO TEIXEIRA
APELADA - JAQUELINE COLARES GALVÃO FERNANDES
RELATOR - DES JOSÉ MÁRIO DOS MARTINS COELHO

EMENTA: CIVIL E PROCESSUAL CIVIL – CERCEAMENTO DE DEFESA – PEDIDO DE ANULAÇÃO DE SENTENÇA, EM FACE DO NÃO COLHIMENTO DE PROVA TESTEMUNHAL - ADOÇÃO POS MORTEM – AUSÊNCIA DE ILEGALIDADE NO ATO – ADOÇÃO SÓCIO-AFETIVA QUE SE PRESTIGIA, EM HOMENAGEM AO PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA – SENTENÇA CONFIRMADA.

1. Não se verifica cerceamento do direito de defesa, o ato judicial que sentencia o processo em seu estado atual, sem a colheita do depoimento de testemunhas, se a prova documental presente aos autos é suficiente para o conhecimento e destrame do “meritus litis”. Ademais, a produção de prova tem como escopo levar convencimento ao magistrado, não se ocupando em satisfazer pretensão da parte.

2. Nada obstante a sentença de adoção tenha sido proferida depois do falecimento do cônjuge varão, por força de pedido exclusivo do cônjuge virago, conforme consignado em seus próprios termos, há que prevalecer como ato jurídico perfeito, porquanto resultado de comprovada adoção sócio-afetiva da adotada que passou a conviver com o extinto muitos anos antes do passamento deste.

3. E mesmo, não seria escorreito se anular o ato de adoção, em prol de peculiar pretensão patrimonial, surgidas na fase sucessória, porque tal representaria negativa de vigência ao princípio constitucional da

dignidade da pessoa humana, encartado no art. 1º, inciso III, da Carta da República.

4. Apelação conhecida, mas, improvida.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos da Apelação Cível Nº 2005.0014.6660-9/1, acordam os Desembargadores da 1ª Câmara Cível, por unanimidade, em conhecer do apelo, para, no entanto, denegar-lhe provimento, nos termos do voto do eminente Desembargador Relator.

Fortaleza (CE), 1 de maio de 2009.

RELATÓRIO

Trata a espécie de Apelação Cível interposta por ROSE NELLY GALVÃO DE OLIVEIRA, ROSE NEUSA GALVÃO MOTA e ROSE MARY GALVÃO TEIXEIRA, adversando decisão proferida pelo Juiz de Direito da 8ª Vara de Família da Comarca de Fortaleza, que julgou improcedente pedido lançado em Ação Negatória de Paternidade.

As recorrentes, em sua irrisignação, fls. 144/150, afirmam que o juízo monocrático, depois de iniciada a instrução, decidiu pela desnecessidade de produção de provas orais, quando deveria ter realizado audiência para a colheita dos depoimentos de testemunhas. Na sequência, o pretor, sem a fundamental prova para o desate da lide, teria julgado improcedente o pedido, em claro prejuízo dos direitos da parte promovente, ora apelante.

Posteriormente, é debatido que a adoção da apelada teria se verificado com farpeamento aos cânones da legislação de regência. Para demonstrar esta assertiva, assesta que o parágrafo 5º, do art. 42, do Estatuto da Criança e do Adolescente – ECA, dispõe de modo contrário ao deliberado no julgamento de planície.

Lembra, na oportunidade, que muito embora a adoção da apelada tenha sido plena em favor do casal, Raimundo Galvão de Oliveira e Creusa Colares Galvão, quando este ato jurídico constitutivo se efetivou a adotante virago se encontrava no estado de viúva do adotante varão, há três anos. Este fato levaria a nulidade do ato adotivo, por irregularidade em sua formação.

Fundadas nestas argumentações, pede, inicialmente, a reforma

do julgado para se dar pela procedência do pedido. Entretanto, não sendo admitido o primeiro requerimento, requesta a declaração de nulidade do processo, a partir da sentença, para que realizada a prova cerceada em primeira instância, seja proferido novo julgamento no feito.

Recebido o apelatório, fl. 152, foram os autos remetidos às contra-razões.

A parte apelada, por sua defensoria jurídica, às fls. 165 *usque* 171, apresentou seu contraste à irrisignação recursal, encetando em suas razões que *o decisum a quo* não merece reparo, na medida em que os pedidos proemiais são desconexos. Ademais, seria o julgador o destinatário da prova, de sorte que inocorreu qualquer irregularidade no julgamento antecipado da lide.

Lembra em sua manifestação que este pedido tem o escopo de negar à recorrente o direito ao recebimento de quinhão hereditário, surgido com o passamento de seus progenitores adotivos, fato que destaca como lamentável.

Argumenta, ainda, que o órgão do *parquet* foi firme em seu parecer, opinando pela improcedência do pedido.

Alçado o caderno processual a esta egrégia Corte, foi o mesmo levado ao conhecimento da douta Procuradoria Geral de Justiça, e esta em laborioso parecer, fls. 190 a 192, do ilustrado procurador firmatário, opinou pelo conhecimento do apelo, por próprio e tempestivo, mas, no entanto, inclinou-se pela manutenção da decisão hostilizada.

É, no essencial, o relatório, com revisão do douto Des. Francisco Sales Neto.

VOTO

ROSE NELLY GALVÃO DE OLIVEIRA, ROSE NEUSA GALVÃO MOTA e ROSE MARY GALVÃO TEIXEIRA, impugnam, mediante o recurso de apelação de que ora se ocupa este órgão colegiado, a sentença proferida pelo Juízo de Direito da 8ª Vara de Família da Comarca de Fortaleza, que julgou improcedente pedido inicialmente apresentado como negatório de paternidade, ajuizado em face de JAQUELINE COLARES GALVÃO FERNANDES, mas que restou conhecido e julgado como anulatório de adoção.

Preliminarmente, declaro conhecer do recurso, por observar presentes os requisitos intrínsecos (cabimento, legitimidade para recorrer e interesse de recorrer) e extrínsecos (tempestividade, regularidade formal, inexistência de fato

impeditivo ou extintivo do poder de recorrer e preparo) de admissibilidade.

Destarte, conforme consignado no relatório, as apelantes suscitam, inicialmente, possível cerceamento do direito de defesa, porquanto julgado o processo no estado em que se encontra, sem a produção de provas orais, por esta se entendendo a oitiva de testemunhas, não teria sido comprovada de forma definitiva a irregularidade perpetrada pela Sra. Creusa Colares Galvão, genitora das partes envolvidas nesta lide, que teria adotado como sua filha e de seu marido, JAQUELINE COLARES GALVÃO FERNANDES, três anos depois do óbito de seu consorte.

Tenho para mim, *vênia concessa*, que esta irresignação das recorrentes não tem o condão de modificar o decisório no que se refere ao julgamento antecipado da lide. Ora, para se provar que o assento de nascimento teria se verificado depois do falecimento do marido da adotante, não se mostra necessária a ouvida de colaboradoras da justiça, na medida em que esta prova é eminentemente documental, porquanto basta tão só o confronto da certidão de óbito com o registro de nascimento impugnado e deste ato se extrairá o conhecimento de que se cuida.

Portanto, de nenhuma valia esta pretensão das recorrentes, até porque a sentença recorrida não deixou de reconhecer que o ato de adoção é posterior ao falecimento do consorte da adotante, rejeitando, no entanto, esta ocorrência, como motivo próprio a invalidar o ato adotivo.

Por outro lado, como é cediço, a prova é produzida para o convencimento do magistrado e não para satisfação da parte, consoante predispõe art. 130, do Código de Processo Civil, *verbum ad verbo*:

“Art. 130. Caberá ao juiz, de ofício ou a requerimento da parte, determinar as provas necessárias à instrução do processo, indeferindo as diligências inúteis ou meramente protelatórias”.

Com esta mesma posição delibera o e. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios, consoante se infere da transcrição de excerto da Ementa, *verbis* :

“DIREITOS CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. PRELIMINAR DE CERCEAMENTO DE DEFESA. INDEFERIMENTO DE PROVA TESTEMUNHAL. JULGAMENTO ANTECIPADO. REJEIÇÃO. ARTIGOS 130, 131 E 330, INCISO I, DO CÓDIGO

DE PROCESSO CIVIL. ADVOGADO. DESCUMPRIMENTO DE OBRIGAÇÃO CONTRATUAL. INOBSERVÂNCIA DO DEVER DE REPASSAR À PARTE CONTRATANTE OS VALORES DEVIDOS CONTRATUALMENTE. DANOS MATERIAIS. DANOS MORAIS. CORREÇÃO MONETÁRIA. INCIDÊNCIA A PARTIR DA DATA DA DECISÃO QUE OS CONCEDE. SÚMULA Nº 362 DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. JUROS MORATÓRIOS. RELAÇÃO CONTRATUAL. INAPLICABILIDADE DA SÚMULA 54 DO STJ. ARTIGO 219, CAPUT, DO CPC. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. CONDENAÇÃO. ARTIGO 20, § 3º, DO CPC. MÍNIMO DE 10% (DEZ POR CENTO).

Nos termos dos artigos 130 e 131 do Código de Processo Civil, o magistrado é o destinatário da instrução probatória e cabe a ele aferir a necessidade de outros elementos para julgar. Se o julgador considerou prescindir das provas em comento para formar seu convencimento, vez que entendeu ser suficiente o conjunto probatório até então apresentado, agiu em consonância com o artigo 330, inciso I, do Código de Processo Civil, aliás, como era seu dever.

(omissis)

Apelação conhecida e parcialmente provida. (20050110518924APC, Relator ANA MARIA DUARTE AMARANTE BRITO, 6ª Turma Cível, julgado em 26/11/2008, DJ 18/12/2008 p. 64). *Griffo*.

Deste modo, rejeito o pedido de nulidade do processo, a partir da sentença, por entender que o julgamento antecipado da lide não se mostra incorreto.

Nas razões de mérito, pretendem as apelantes a declaração de invalidade da decisão, cuja cópia demora dos autos às fls. 57/58, que julgou, por sentença, procedente, pedido de adoção, determinando o cancelamento do assento de nascimento da adotada com a lavratura de novo registro. O argumento para esta pretensão reside no fato de a adotante, Sra. Creusa Colares Galvão, ter cometido irregularidade ao adotar em seu próprio nome e de seu marido, quando este já havia fenecido há três anos.

Com efeito, a prova do falecimento do cônjuge da adotante dormita dos autos à fl. 13 e dela se infere que o óbito se verificou em 31 de agosto de 1981. Por seu turno, o pedido de adoção plena restou apresentado em juízo no

ano de 1984, consoante se infere da reprodução fotostática da proemial, fl. 41, cuja sentença de adoção multicitada, fls. 57/58, da lavra do eminente Des. José Maria de Melo, restou exarada em 15 de janeiro de 1985.

Depreende-se, portanto, que a adoção se verificou, a desdúvidas, depois do passamento do varão. Contudo, antes do pedido de adoção, por termo igualmente judicial, já havia sido deferido ao casal, consoante ato provisional reproduzido à fl. 19, a Guarda da adotada, despontando, assim, a comprovação da convivência sócio-afetiva necessária para respaldar o ato adotivo.

Assoma-se a esta prova judicial os documentos adunados às fls. 91 até 95, comprobatórios da convivência sócio-afetiva da adotada, desde tenra idade, com o casal adotante.

Ademais, não é correto afirmar que a Sra. Creusa Colares Galvão teria cometido irregularidade no ato de adoção, porquanto no processo foi informado o falecimento de seu consorte. Ademais disso, os elementos confirmatórios da convivência sócio-afetiva da adotada com o adotante, demonstram escorreito a adoção fática, que apenas foi declarada judicialmente, na medida em que a sentença que julgou a adoção não desconsiderou o precedente falecimento do varão, conforme se destaca da transcrição que segue, fl. 57, *ad litteram*: “A menor é filha de mãe solteira e foi por esta abandonada aos primeiros dia de nascida, passando a viver desde então sob os cuidados da requerente e de seu marido, Sr. Raimundo Galvão de Oliveira, que veio a falecer no dia 31 de agosto de 1981”.

Em sendo assim, não se pode anular aquilo que resultou de relação afetiva comprovada, conforme preleciona PAULO LUIZ NETTO LOBO¹, ao doutrinar: “O estado de filiação constitui-se ope legis ou em razão da posse de estado, por força da convivência familiar (a fortiori, social, consolidada na afetividade). “Nesse sentido, a filiação jurídica é sempre de natureza cultural (não necessariamente natural), seja ela biológica ou não biológica”. (Grifei).

Forte nesta orientação têm sido os julgados do e. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, *ipsis verbis*:

“EMENTA: NEGATÓRIA DE PATERNIDADE. ANULAÇÃO DE REGISTRO NASCIMENTO. IMPOSSIBILIDADE. ADOÇÃO AFETIVA. Narrativa da petição inicial demonstra a existência de relação parental. Sendo a filiação um estado social, comprovado estado de filha afetiva, não se justifica a anulação de registro de nascimento. Reconhecimento da paternidade que se deu

de forma regular, livre e consciente, mostrando-se a revogação juridicamente impossível. NEGADO PROVIMENTO. UNÂNIME. (SEGredo DE JUSTIÇA) (Apelação Cível Nº 70021542238, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Maria Berenice Dias, Julgado em 07/11/2007)

Esta, outrossim, é a compreensão do colendo Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios, *litteram*:

“CIVIL - CONSTITUCIONAL - ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE - ADOÇÃO - IRREVOGABILIDADE - AUSÊNCIA DE VÍNCULO BIOLÓGICO - IRRELEVÂNCIA - RELAÇÃO AFETIVA DEMONSTRADA - VÍCIOS NÃO COMPROVADOS - VALIDADE DO ATO.

1. Tendo o ato sido praticado de forma livre, consciente e de boa fé, não pode ser simplesmente invalidado por meras razões patrimoniais, ainda mais quando sua desconstituição atinge diretamente interesse de menor.

2. A mera ausência de vínculo biológico entre o falecido e o adotado não importa, necessariamente, no imediato acolhimento do pedido de anulação do registro civil realizado, haja vista que a paternidade e a filiação, por não serem um fato meramente natural, mas também cultural, podem se assentar também em critérios jurídicos ou afetivos.

3. Restado comprovado que o falecido reconheceu a paternidade do menor voluntária e espontaneamente, não prevalecem os vícios alegados, fazendo-se mister a declaração da validade do ato.

4. Negou-se provimento ao apelo. (20020710048304APC, Relator J.J. COSTA CARVALHO, 2ª Turma Cível, julgado em 11/04/2005, DJ 09/06/2005 p. 328). “Griffo”.

Firme em tais considerações, conheço da apelação, mas, no entanto, para denegar-lhe provimento, mantendo indene a sentença objurgada.

Fortaleza (CE), 11 de maio de 2009.

¹ “LOBO, Paulo Luiz Netto. *Direito ao estado de filiação e direito á origem genérica: Uma distinção necessária*. Afeto, Ética, Família e o novo Código Civil/coordenador: Rodrigo da Cunha Pereira – Belo Horizonte : Del Rey, 2004, pág. 507/508.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 2000.0158.4034-5/1.

APELANTE: MARIA ELEQUICINA PEREIRA DE SOUZA

APELADO: CÍCERO VIEIRA SANDES

RELATOR – DES. JOSÉ MÁRIO DOS MARTINS COELHO

EMENTA: CIVIL E PROCESSUAL CIVIL – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE REINTEGRAÇÃO DE POSSE - REQUISITOS QUE NÃO SE CONFUNDE COM OS DO PLEITO PETITÓRIO – ESBULHO - PROVA – APELO CONHECIDO E PROVIDO.

1– Em se tratando de reintegração de posse é imprescindível o cumprimento dos requisitos do art. 927, do Código de Processo Civil;

2– O juízo possessório não se confunde com o petitório, de modo que a este não interessa quem tem justo título;

5– É dever do autor na possessória comprovar a ocorrência do esbulho, o qual indemonstrado enseja o desacolhimento do pedido, mormente quando subjacente relação concubinária entre as partes;

6- Apelação conhecida e provida para reforma da decisão de primeiro grau e extinguir o pedido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de Apelação Cível nº 2000.0158.4034-5/1, oriundo da 4ª Vara da Comarca de Juazeiro do Norte / CE, envolvendo as partes acima aludidas.

ACORDA a Turma Julgadora da 1ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Ceará, por votação unânime, em conhecer do recurso interposto, dando-lhe provimento para reformar o *decisum* inexistente, nos termos do voto do Relator, parte integrante deste Acórdão.

Fortaleza, 6 de abril de 2009.

RELATÓRIO:

Versam os fascículos em destreme, sobre Ação de Reintegração de Posse, aforada por **CÍCERO VIEIRA SANDES**, ora apelado, escudando-se na alegativa de ser legítimo proprietário de um imóvel localizado na cidade de Juazeiro do Norte/Ce., sito na rua da Glória, 639, do qual teria sido esbulhado por ato de **MARIA ELEQUICINA PEREIRA DE SOUZA**, aqui apelante.

A ação restou contestada, fls. 20/23, momento em que a recorrente informou que vivia em união estável com o promovente, tanto que com o mesmo havia convolado núpcias religiosas, cuja prova de plano foi exibida. Assim, a posse exercida pela apelante sobre o imóvel não era injusta, nem precária e menos ainda teria se verificado ilícito, capaz de macular seu direito de residir no prédio.

Realizada audiência, fl. 50, restou acertado pelas partes que os autos deste processo deveriam ficar sobrestados, até o deslinde da ação de Dissolução de Sociedade de Fato, em curso perante o juízo de Juazeiro, no qual a apelante postulava o reconhecimento da união estável.

O promovente, então, às fls. 53/54, acostou ao processo o decreto sentencial que julgou improcedente o pedido de Dissolução da Sociedade, reclamando a procedência de seu pedido, como corolário de acordo supostamente firmado na ata de audiência de fl. 50.

Com este expediente solerte do apelado concordou a autoridade de planície, consoante se infere do ato homologatório de acordo, fl. 59, em que se decretou o pronto desalojamento da requerida do imóvel, como corolário da improcedência da ação dissolutória.

Irresignada a promovida apresentou o apelação de fls. 61 *usque* 66, asseverando que ocorreu erro material no *decisio litis*, uma vez que não foi acertado no termo de audiência a desocupação do imóvel, mas apenas o sobrestamento dos autos, até final sentença da ação de dissolução da sociedade existente entre as partes, momento em que deveriam as partes volver a este processo para postular deliberação acerca do mérito.

O recorrido, no entanto, por ocasião das contra-razões, fls. 89 a 91, afirma que o *decisum* merece ser confirmado, uma vez que ausente a relação societária, não há motivo para a promovida continuar a residir no imóvel.

Debruçando-se ante as razões fincadas pelo decisório vergastado dele dissentiu a douta Procuradoria Geral de Justiça, porquanto auscultada acerca da matéria, consoante laborioso parecer, da lavra da nobre Procuradora, Sheila Cavalcante Pitombeira, fls. 99/104, foi assestado que a sentença conteria equívoco, razão pela qual deve ser reformada, com a conseqüente extinção deste pedido possessório, uma vez que a tutela nele reclamada melhor ficaria se o raio de sua proteção estivesse incrustado no âmbito das ações petitórias, uma vez que o reclame exordial remete as partes à discussão frente a aspectos intrínsecos do direito de propriedade.

É, no essencial, o relatório. Revisão procedida pelo em. Desembargador Francisco Sales Neto.

VOTO

Preliminarmente conheço do recurso, por observar presentes os requisitos intrínsecos (cabimento, legitimidade para recorrer e interesse de recorrer) e extrínsecos (tempestividade, regularidade formal, inexistência de fato impeditivo ou extintivo do poder de recorrer e preparo, encontrando-se a recorrente sob o pálio da Assistência Judiciária) de admissibilidade.

Inicialmente verifico que o *decisio litis*, homologatório de acordo entre as partes, está em desacordo com os termos do avençado à fl. 50 ou 51. Em verdade, a estes fólios, termo de audiência, se concordou com a suspensão dos autos, até a decisão da ação de Dissolução da Sociedade de Fato, não havendo nenhuma referência à desocupação do imóvel de chofre.

Constatado o equívoco, tenho como certo que em se tratando de ação de Reintegração de Posse, incumbe à parte autora a prova da posse anterior sobre o bem e de sua perda em decorrência do esbulho praticado pela parte *ex-adversa*. Esta regra resulta da redação do art. 927, ou mesmo da distribuição do ônus da prova, consoante redação do art. 333, I, ambos do CPC.

Verificado isto, é patente que, na Ação Possessória, não se discute o domínio, já que a lei quer proteger um estado fático, não se preocupando com a formalidade. Esta, com efeito, é a posição do Excelso Pretório que em voto conduzido pelo preclaro Min. **César Asfor Rocha**, tornou assente:

CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. REINTEGRAÇÃO DE POSSE.

Não basta ao autor da ação de reintegração de posse provar o

domínio. Exige-se que demonstre a sua posse.

Recurso não conhecido. (REsp 150.267/PE, Rel. Ministro CESAR ASFOR ROCHA, QUARTA TURMA, julgado em 06/04/2000, DJ 29/05/2000 p. 157)

Gizados os contornos do procedimento possessório, insta lembrar que a inicial traz o informe da propriedade do promovente, inclusive demonstrando sua ocorrência com documentos próprios. Porém, esta prova do domínio não ganha prestígio ao fito de ser admitida para o juízo possessório, para fins de alijamento da demandada do prédio, porquanto, como bem asseverado pelo douta Procuradoria Geral de Justiça, quem detém direito de propriedade deve postular reclame em ação petítória.

Forte neste entendimento, reafirmo que a demonstração, pelo apelado, das ocorrências prevista no art. 927, incisos I, II e III, do CPC, é requisito absolutamente necessário para a ação de reintegração de posse. Novamente a jurisprudência sobre o *thema, ipsis verbis*:

“APELAÇÃO CÍVEL. REINTEGRAÇÃO DE POSSE. ESBULHO. ART. 927, CPC. Em reintegração de posse, devem ser atendidos os requisitos do art. 927, do CPC, sendo ônus do autor comprová-los. Na prova testemunhal, restou comprovada a posse anterior e que a construção do réu no terreno em discussão operou em esbulho possessório. Negaram provimento. Unânime.”
(Apelação Cível Nº 70016745374, Décima Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Mario Rocha Lopes Filho, Julgado em 19/07/2007).

Ademais disso, observo que a prova colhida, documental e testemunhal, é contrária ao deferimento do pedido inicial, estando incorreta a sentença, porquanto a posse exercida pela apelante não resulta de ato precário, injusto, clandestino ou de má-fé, uma vez ocorrente agônica relação de companheirismo entre as partes.

Assim, não demonstrado ato de força, não existe suporte para a procedência do pedido. Nesse sentido:

“EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE REINTEGRAÇÃO

DE POSSE. REQUISITOS DO ART. 927 DO CPC NÃO COMPROVADOS. AUSÊNCIA DE PROVA DA POSSE E DO ESBULHO DO DEMANDADO. ÔNUS DA PROVA. ART. 333, I DO CPC. SENTENÇA DE IMPROCEDÊNCIA MANTIDA. Consoante expressamente preconizado no art. 927 do Diploma Processual, o pedido de reintegração de posse pressupõe prova cabal da posse anterior e sua perda em razão do esbulho. Não demonstrada a coexistência destes requisitos, ônus que recai sobre o sedizente esbulhado, impositiva a improcedência da ação. NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO. UNÂNIME. (Apelação Cível Nº 70015621402, Décima Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Cláudio Augusto Rosa Lopes Nunes, Julgado em 20/11/2008)

Novamente vem a calha o seguinte excerto da jurisprudência:

“EMENTA: REINTEGRAÇÃO DE POSSE. BEM IMÓVEL. AUSÊNCIA DE PROVA DA POSSE E DO ESBULHO. FALTA DE DESCRIÇÃO DO IMÓVEL. Ausentes os requisitos do art. 927 do CPC. Imóvel cuja reintegração na posse é pretendida não suficientemente identificado ou individualizado. Ausente a prova do fato constitutivo do direito do autor. Inadequada a via escolhida para haver a posse calcada exclusivamente no alegado título de domínio. Sentença de improcedência mantida. NEGADO PROVIMENTO À APELAÇÃO. (Apelação Cível Nº 70026813691, Décima Nona Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Mylene Maria Michel, Julgado em 04/11/2008)

Diante do exposto, conheço do recurso, e dou provimento à apelação cível, para, em consequência, reformar a sentença, extinguindo o pedido, deixando de cominar à parte vencida os ônus da sucumbência por se encontrarem as partes sob o pálio da Assistência Judiciária aos Necessitados.

É como voto.

Fortaleza, 6 de abril de 2009.

Nº 2000.0212.0228-2/1 – APELAÇÃO CÍVEL

COMARCA – FORTALEZA

APELANTE – ESPÓLIO DE MARIA JACY CARVALHO MESQUITA

APELADO – PLÍNIO DE CARVALHO LIMA

RELATOR – DES. JOSÉ MÁRIO DOS MARTINS COELHO PLINIO

EMENTA: CIVIL – FILHO ADOTIVO – DIREITO SUCESSÓRIO – ESCRITURA PÚBLICA DE ADOÇÃO E ÓBITO VERIFICADOS ANTES DA VIGÊNCIA DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988 – SENTENÇA REFORMADA.

1– Os direitos sucessórios somente são deferíveis aos filhos adotivos, em par de igualdade com a prole carnal, quando o óbito do autor da herança se verificar após a entrada em vigor da atual Carta Magna.

2 – *In casu sub oculi*, a *de cujus* veio a falecer em 1984, submetendo-se os direitos do adotivo ao Código Beviláqua, encontrando-se neste vedação ao direito sucessório, quando presentes filhos naturais, os quais já eram nascidos antes do ato de adoção.

3– Ademais, rege-se o direito sucessório pelo princípio da *saisine*, de modo que ocorreu, neste caso, o trespasse dos direitos aos herdeiros sob a vigência do Código Civil de 1916.

4 - Apelação conhecida e provida para reforma da decisão inimizada.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos da Apelação Cível Nº 2000.0212.0228-2/1, acordam os Desembargadores da 1ª Câmara Cível, por unanimidade, em dar provimento ao recurso, nos termos do voto do eminente Desembargador Relator.

Fortaleza (CE), 14 de outubro de 2009.

RELATÓRIO

Trata a espécie de Apelação Cível interposta pelo ESPÓLIO DE MARIA JACY CARVALHO MESQUITA, com o desiderato de acendrar decisão proferida pelo Juiz de Direito da Vara Única da Comarca Itapajé-Ce., que julgou procedente pedido lançado em Ação Declaratória, esta apresentada por PLÍNIO DE CARVALHO LIMA.

A decisão em contumélia, com efeito, proclamou o direito do recorrido, filho adotivo da autora da herança, à condição de herdeiro, em par de igualdade com os filhos naturais.

O recorrente, em sua irrisignação, fls. 46/47, afirma que o juízo monocrático teria cometido duas erronias ao proferir *decisum* acolhendo a súplica exordial. A primeira delas resulta do fato de a matéria anteriormente haver sido conhecida e rejeitada em pedido de habilitação de herança, este lançado nos próprios autos da ação de inventário. Já o segundo equívoco seria decorrente do fato de o apelado haver sido adotado em 1973 e o óbito haver ocorrido em 1984, quando vigente o Código Civil de 1916, que em seu art. 377, dispõe que existindo filhos carnais, não socorrem ao adotivo, os direitos sucessórios.

A parte apelada, por sua defensoria jurídica, às fls. 64 *usque* 66, lembra, apenas, que o art. 227, § 6º, da Constituição Federal, equiparou o direito dos filhos, sem distinção de classe ou quaisquer outros meios discriminatórios, rogando pela manutenção do julgado de planície.

É, no essencial, o relatório. Revisão procedida pelo em. Desembargador Francisco Sales Neto.

VOTO

Preliminarmente, declaro conhecer do recurso, por observar presentes os requisitos intrínsecos (cabimento, legitimidade para recorrer e interesse de recorrer) e extrínsecos (tempestividade, regularidade formal, inexistência de fato impeditivo ou extintivo do poder de recorrer e preparo) de admissibilidade.

A matéria, sem dúvida, é de fácil solução. Isto porque, a adoção se deu em 1973, consoante se infere da escritura pública, levada a registro no assento de nascimento do adotado. Este fato encontra-se regularmente testificada na

forma da Certidão expedida pelo Registro Civil competente, fl. 14 e verso.

Quando da escrituração do ato, por meio do qual o recorrido se tornou filho adotivo da adotante, esta já havia se tornado mãe de filhos naturais, segundo se infere dos documentos instrutórios do pedido de inventário, fls. 8, 9, 12 e 16.

A autora da herança, MARIA JACY CARVALHO MESQUITA, por seu turno, veio a óbito em 1984, cuja prova desta ocorrência se faz pela Certidão que dormita dos autos da ação de inventário, à fl. 7.

Destarte, pelo princípio da *saisine*, legiferado no vigente Código Civil no Art. 1784, a herança transmite-se, desde logo.

Neste caso, afastando debates acerca de possível conflito aparente de normas no tempo, o Art. 2.041, da Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002, tornou assente, *verbatim et litteram*:

“Art. 2.041. As disposições deste Código relativas à ordem da vocação hereditária (arts. 1.829 a 1.844) não se aplicam à sucessão aberta antes de sua vigência, prevalecendo o disposto na lei anterior.”

A desdúvidas, em havendo o óbito ocorrido em 1984, a regência da vocação hereditária se dá em acorde com o Código *Beviláqua*. Ademais disso, sequer poderia ocorrer proteção ao apelado, com esteio na norma constitucional, art. 227, 6º, porque este dispositivo surgiu em data posterior ao falecimento, uma vez que a Carta Federal é de 1988.

Sobre o *thema*, confira-se a posição do Excelso Supremo Tribunal Federal, *litteram*:

“EMENTA: DIREITO DAS SUCESSÕES. FILHOS ADOTIVOS. PRETENDIDA HABILITAÇÃO NA QUALIDADE DE HERDEIROS DOS *DE CUJUS*. INDEFERIMENTO CALCADO NO FATO DE A ABERTURA DA SUCESSÃO HAVER OCORRIDO ANTES DO ADVENTO DA NOVA CARTA, QUE ELIMINOU O TRATAMENTO JURÍDICO DIFERENCIADO ENTRE FILHOS LEGÍTIMOS E FILHOS ADOTIVOS, PARA FINS SUCESSÓRIOS. ALEGADA OFENSA AO PRINCÍPIO DA ISONOMIA E AO ART. 227, § 6º, DA CONSTITUIÇÃO. Inconstitucionalidade inexistente. A sucessão

regula-se por lei vigente à data de sua abertura, não se aplicando a sucessões verificadas antes do seu advento a norma do art. 227, § 6º, da Carta de 1988, que eliminou a distinção, até então estabelecida pelo Código Civil (art. 1.605 e § 2º), entre filhos legítimos e filhos adotivos, para esse efeito. Discriminação que, de resto, se assentava em situações desiguais, não afetando, portanto, o princípio da isonomia. Recurso não conhecido. (RE 163167, Relator(a): Min. ILMAR GALVÃO, Primeira Turma, julgado em 05/08/1997, DJ 31-10-1997 PP-55560 EMENT. VOL-01889-03 PP-00452)

No mesmo sentido é o entendimento do aclamado Superior Tribunal de Justiça, *verbum ad verbo*:

“FILHO ADOTIVO. FALECIMENTO DO ADOTANTE, NO REGIME ANTERIOR A ATUAL CONSTITUIÇÃO FEDERAL. CÓDIGO CIVIL, ARTS. 377 E 1.605, PAR. 2.

I- QUANDO A ADOTANTE JÁ TIVESSE FILHOS CARNAIS, A RELAÇÃO DE ADOÇÃO NÃO ENVOLVIA A DE SUCESSÃO HEREDITÁRIA. O ART. 2. DA LEI 883/1949, COM A REDAÇÃO DADA PELO ART. 51, NUM. 2, DA LEI 6.515/1977, NÃO HAVIA REVOGADO OS ARTS. 377 E 1.605, PAR. 2. DO CC.

II - MATERIA DE FATO NÃO SE REEXAME EM SEDE ESPECIAL (SUM. 7/STJ).

III - RECURSOS NÃO CONHECIDOS. (REsp 38.545/SP, Rel. Ministro WALDEMAR ZVEITER, TERCEIRA TURMA, julgado em 16/12/1996, DJ 14/04/1997 p. 12735)

Firme em tais considerações, conheço da apelação, para dar-lhe provimento, reformando a sentença *a quo* e julgando improcedente o pedido exordial.

Custas processuais e honorários de advogado pelo sucumbente, estes fixados em R\$ 500,00 (quinhentos reais).

Fortaleza (CE), 14 de outubro de 2009.

REEXAME NECESSÁRIO E APELAÇÃO CÍVEL
NÚMERO ÚNICO 3718-59.2000.8.06.0164/1
APELANTE: ESTADO DO CEARÁ
APELADO: ESPÓLIO DE LUIS FERREIRA DE SOUZA
RELATORA: DESA. EDITE BRINGEL OLINDA ALENCAR

EMENTA: DIREITO CONSTITUCIONAL. DESAPROPRIAÇÃO. JUSTO PREÇO. LAUDO PERICIAL. MÉTODO COMPARATIVO. JUROS COMPENSATÓRIOS E MORATÓRIOS. AFASTADA SÚMULA 70 DO STJ. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS.

1 – O juiz não pode desprezar, em ação de desapropriação por utilidade pública, a perícia para fixar o valor da indenização, principalmente se não foram produzidas provas contrapostas capazes de modificá-la. Precedentes.

2 – A avaliação do imóvel objeto da presente desapropriação para a fixação da justa indenização, utilizando método comparativo, onde foi determinado o valor baseando-se na comparação direta com outros imóveis ofertados ou transacionados no mercado, é aquele que melhor atende ao dever constitucional da justa indenização, ainda que venha a resultar em valor de grande monta.

3 – Nas desapropriações propostas sob a vigência do art. 15-A do Decreto-lei n.º 3.365/1940, são devidos juros compensatórios de 6% (seis por cento) ao ano, da imissão provisória até a concessão da cautelar na referida ADI, incidindo, a partir daí, o percentual de 12% (doze por cento) ao ano. Precedentes do STJ e do TJCE.

4 – Os juros moratórios destinam-se a recompor a perda decorrente do atraso no efetivo pagamento da indenização fixada na decisão final de mérito, e somente serão devidos à razão de até seis por cento ao ano, a partir de 1º de janeiro do exercício seguinte àquele em que o pagamento deveria ser feito, nos termos do art. 100 da Constituição e do art. 15-B, do Decreto-lei n.º

3.365/1941, devendo inclusive ser afastada a aplicação da Súmula 70/STJ às ações de desapropriação em curso quando do advento do art. 15-B do Decreto-lei 3.365/1941, mesmo que iniciadas no período anterior, quanto mais em situações como a presente, em que a sentença fora proferida após a vigência da Medida Provisória n.º 1.577/1997.

5 – Os limites de 0,5% (meio por cento) a 5% (cinco por cento) para os honorários advocatícios em ações de desapropriação, previstos pelo art. 27, § 1º, do Decreto-Lei 3.365/1941, aplicam-se às sentenças proferidas após a publicação da MP 1.997-37/2000. Precedente do TJCE.

6 – Apelação parcialmente provida, no que diz respeito aos juros moratórios, devendo estes ser calculados à razão de até seis por cento ao ano, não do trânsito em julgado da sentença, mas a partir de 1º de janeiro do exercício seguinte àquele em que o pagamento deveria ser feito, nos termos do art. 100 da Constituição e do art. 15-B, do Decreto-lei n.º 3.365/1941. Reexame efetivado.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Desembargadores integrantes da Terceira Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, por unanimidade de votos, em conhecer do reexame necessário e do recurso voluntário, para DAR-LHES PARCIAL PROVIMENTO, nos termos do voto da Relatora, que faz parte desta decisão.

Fortaleza, 26 de Abril de 2010.

VOTO

Cuidam os autos de reexame necessário e recurso voluntário de apelação interposto pelo Estado do Ceará, combatendo sentença do MM. Juiz de Direito da Vara Única da Comarca de São Gonçalo do Amarante, proferida nos autos da Ação de Desapropriação n.º 2000.0204.4409-6 (Número Único 3718-

59.8.06.0164/0) e que fixou o preço da indenização em R\$ 2.215.068,00 (dois milhões, duzentos e quinze mil e sessenta e oito centavos), respaldado no valor a que chegou o perito judicial, na elaboração dos laudos de fls. 526 a 565.

Naquela oportunidade, o douto julgador determinou a incidência de juros compensatórios no valor de 6% (seis por cento) ao ano contados da data da imissão na posse (03 de agosto de 1999) até 13 de setembro de 2001, para em 14/09/1999 passarem a incidir sobre o patamar de 12% (doze por cento) ao ano, por força de medida cautelar concedida na ADI 2.332/DF. Juros moratórios estipulados em 6% (seis por cento) ao ano, na forma em que trata a súmula 70 do STJ e honorários advocatícios arbitrados em 10% (dez por cento) sobre a diferença entre o valor da oferta e o da indenização, corrigidos monetariamente (fls. 625/631).

Não conformado, o Estado do Ceará interpôs apelação, na qual aduz (i) caráter subjetivo da prova pericial levada em consideração pelo julgador de primeiro grau; (ii) a área expropriada representa área de preservação permanente, nela estando contidas dunas, que não deveriam ser consideradas para a elaboração do *quantum* a ser indenizado; (iii) a imprecisão do método adotado para a feitura do laudo pericial.

Recebida a apelação em seus efeitos suspensivo e devolutivo (fls. 647).

Há contra-razões (fls. 648/660).

Instada a se manifestar, a d. Procuradoria Geral de Justiça opinou pelo conhecimento da apelação, porém para negar-lhe provimento (fls. 672/675).

É o breve relatório.

Passo a proferir o voto.

A doutrina define o instituto da desapropriação como sendo “*o grau máximo de intervenção ordinatória e concreta do Estado na propriedade privada, que opera a transferência compulsória de um bem para o domínio público, de forma onerosa, permanente, não executória e de execução delegável, imposta discricionariamente pela declaração de existência de um motivo de interesse público legalmente suficiente*”, ressaltando o fato de nela se identificar ato de superioridade do Estado sobre o particular.¹

Desta forma, a indenização traduz em pecúnia o prejuízo experimentado pelo particular, que tem seu patrimônio lapidado, devendo retratar o real valor que se retira do expropriado no momento em que se declara a utilidade, sob pena de chancelar o enriquecimento lícito. Nestes atos o valor da indenização deverá ser fixado mediante o apurado em laudo pericial, sendo este elaborado com rigor técnico e amparo em aprofundada pesquisa de mercado. Daí porque o perito fica compelido a fornecer ao juízo os subsídios que servirão de base para fixação do “*preço justo*”, a ser reembolsado pelo expropriado.

O “*preço justo*” é aquele que preserva o valor do patrimônio, com seus agregados, na forma como já firmado em precedente da Corte². Ou seja: a indenização se faz em correspondência ao prejuízo causado àquele que sofre com a diminuição do patrimônio. Esta a idéia que José Carlos de Moraes Salles tão bem conseguiu sintetizar:

Destarte, para que haja justeza na indenização, é preciso que se recomponha o patrimônio do expropriado com quantia que corresponda, exatamente, ao desfalque por ele sofrido em decorrência da expropriação. Não se deverá atribuir ao desapropriado nem mais nem menos do que se lhe subtraiu, porque a expropriação não deve ser instrumento de enriquecimento nem de empobrecimento do expropriante ou do expropriado.

A indenização deve, portanto, ser exata, no sentido de que ao expropriado há de se dar precisamente o equivalente ao que lhe foi tomado pelo expropriante.³

Assim, o que se tem a afirmar é que “*o princípio da justa indenização constitui garantia, tanto do expropriado, de ser indenizado pelo prejuízo que efetivamente suportou, como do Poder Público, de pagar somente o necessário à recomposição integral do patrimônio atingido*” (STJ, REsp 986470/RN, Primeira Turma, Ministra DENISE ARRUDA, j. 13/05/2008, DJe 30.06.2008).

No caso dos autos, naquilo que diz respeito à perseguida exclusão do valor total a ser indenizado da área de preservação permanente, consoante afirmado pelo recorrente, cumpre salientar que se mostra mansa e pacífica na jurisprudência a idéia de que a mata nativa em área de preservação permanente, em regra, não é indenizável em sede de desapropriação, pois é inviável sua exploração direta⁴, isso a esboçar uma tentativa de refrear o incentivo de práticas predatórias capazes de danos ao ecossistema. Isto, porém, em nada vem a afetar os cálculos elaborados, em vista do que cita o item 3 das considerações finais a que chega o perito investido no dever de auxiliar o julgador, na elaboração de seu laudo técnico. Cito:

3) em relação a (*sic*) área correspondente a dunas fixas com cobertura vegetal levou-se em consideração apenas a terra nua excluindo-se a cobertura vegetal da avaliação.

Portanto, a outra conclusão não se pode chegar que não àquela que aponta que o experto respeitou as áreas de preservação permanente, estando por esse motivo excluídas do cálculo do índice de eficiência.

Ademais, segundo preceptivo legal, a conceituação como “agrário” do imóvel expropriado dependeria da eficaz comprovação, por parte daquele que a alegar, dos requisitos que denotem tal característica, a saber: (i) prédio rústico; (ii) destinado à exploração agrícola, pecuária ou agroindustrial; (iii) quer através de planos públicos de valorização, quer através de iniciativa privada, o que não acontece na espécie.

Importa, ainda, para o correto destreame do feito, deixar aqui consignado que o juiz não pode desprezar, em ação de desapropriação por utilidade pública, a perícia para fixar o valor da indenização, principalmente se não foram produzidas provas contrapostas capazes de modificá-la⁵. Isto significa dizer que o laudo pericial assume fundamental importância nas demandas expropriatórias, merecendo todo o crédito do julgador, devendo por este ser acolhido como parâmetro para se fixar a justa indenização nestes casos, desde que constatada sua adequada elaboração e fundamentação, com fulcro no art. 27 do Decreto-lei n.º 3.365/41⁶.

Quanto à argüição da lisura do método empregado pelo vistor oficial, entendo que os critérios utilizados pelo perito na aferição do valor imóvel foram cabalmente demonstrados, sendo certo que o laudo é expresso ao indicar que foi utilizado o método comparativo, que consiste em atribuir um valor venal com base nos valores venais dos imóveis localizados na circunvizinhança. Cumpre ainda salientar a aceitação na jurisprudência de tal metodologia pelos profissionais técnicos ao elaborarem laudos periciais em casos de expropriação, consoante dizem os seguintes exemplos dos Tribunais de Justiça dos Estados de São Paulo e do Rio Grande do Sul, respectivamente:

INDENIZAÇÃO - DESAPROPRIAÇÃO - Critérios utilizados pelo perito - Acolhimento, ante as justificativas técnicas apresentadas e a inexistência de elementos que demonstrem eventual inadequação ao caso concreto. Juros compensatórios de 12% ao ano, até a vigência da Lei - Moratórios, de 6% ao ano, devidos do primeiro dia do exercício seguinte aquele em que o pagamento deveria ser feito - Recursos oficial e voluntário parcialmente provido. (TJSP, Apelação com revisão, Número 5477325800, Décima Câmara de Direito Público, Relator Des. URBANO RUIZ, julgado em 09/11/2009, data da publicação: 03/12/2009)

APELAÇÃO E REEXAME NECESSÁRIO. MUNICÍPIO DE SANTA MARIA. DESAPROPRIAÇÃO DIRETA. JUSTA INDENIZAÇÃO. Desapropriação direta de imóvel pelo Município de Santa Maria para viabilizar a abertura de via pública. Manutenção do valor da indenização arbitrado pela sentença com base no laudo pericial de avaliação do imóvel expropriado. Laudo devidamente

fundamentado com adoção do método comparativo, com indicação de preços de mercado de imóveis circunvizinhos, precisa localização do bem e demais aspectos necessários à correta avaliação da área expropriada. Modificação parcial da sentença na parte relativa aos juros compensatórios. A base de cálculo dos juros compensatórios - à razão de 12% ao ano - é a diferença entre 80% do preço ofertado em juízo e o valor do bem fixado na sentença (ADI-MC 2332). Precedentes jurisprudenciais. SENTENÇA PARCIALMENTE MODIFICADA EM REEXAME NECESSÁRIO. APELAÇÃO DESPROVIDA. (TJRS, Apelação Cível, Número 70027330398, Terceira Câmara Cível, Relator: Paulo de Tarso Vieira Sanseverino, julgado em 02/04/2009, DJ de 15/04/2009)

Este Tribunal de Justiça também comunga do mesmo posicionamento, consoante se verifica com a leitura do seguinte precedente desta Câmara Cível:

PROCESSUAL CIVIL. Reexame necessário. APELAÇÃO. Desapropriação por utilidade pública. Justa indenização concretizada. Laudo pericial metucioso. Sentença motivada. PRECEDENTES DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. RECURSO CONHECIDO, MAS IMPROVIDO. Remessa oficial efetivada. SENTENÇA confirmada.

1- O STJ JÁ ENTENDEU: “Da mesma forma que o juiz não está adstrito ao laudo pericial, podendo, inclusive, formar a sua convicção com outros elementos ou fatos provados nos autos, inexistente empecilho para que ele o adote integralmente como razões de decidir, dispensando as outras provas produzidas, inclusive os laudos apresentados pelos assistentes técnicos das partes, desde que dê a devida fundamentação. (STJ. Recurso Especial nº 887.118/SP. Ministra Relatora Denise Arruda. Data do Julgamento 21 de novembro de 2006)”.

2- Verifica-se que o perito oficial demonstrou à fl. 113, além do laudo técnico colacionado às fls. 86/91, as razões que o levaram a concluir pelo valor apurado na perícia, tomando por base os preços praticados na cidade local, em imóveis vizinhos ao periciado.

3- “A indenização justa é a que cobre não só o valor real e atual dos bens expropriados, à data do pagamento, como, também, os danos emergentes e os lucros cessantes do proprietário, decorrentes do despojamento do seu patrimônio. (...) A justa indenização inclui, portanto, o valor do bem, suas rendas, danos emergentes e lucros cessantes, além dos juros compensatórios e moratórios, despesas judiciais, honorários de advogado e correção monetária.” (Hely Lopes Meirelles. “Direito Administrativo Brasileiro”, 19ª ed., Ed. Malheiros, p. 525).

4- Recurso de apelação conhecido, mas improvido. Reexame necessário da sentença recorrida efetivado.

5- Sentença mantida. (TJCE, Apelação Cível, Número Único 2972-19.2000.8.06.0092/1, Terceira Câmara Cível, Relator Des. CELSO ALBUQUERQUE MACÊDO, julgado em 27/08/2007, DJ de 18/09/2007 p.37/38)

Dito isso, ainda que em um primeiro momento se possa estranhar valores finais fora do comum, como o que se discute na presente apelação, onde o valor fixado pelo julgador é de R\$ 2.215.068,00 (dois milhões, duzentos e quinze mil e sessenta e oito reais), os Tribunais Pátrios têm adotado as quantias obtidas pelo vistorios oficiais, por entenderem que os trabalhos do perito gozam de presunção de legitimidade, em razão de encontrarem-se equidistantes dos interesses das partes. Ainda neste sentido:

REEXAME NECESSÁRIO. DESAPROPRIAÇÃO DIRETA. MUNICÍPIO DE ALTO FELIZ. UTILIDADE PÚBLICA. ACOLHIMENTO DA AVALIAÇÃO JUDICIAL. MÉTODO COMPARATIVO DE DADOS DE MERCADO.

- Valor da Indenização. Embora não esteja o magistrado adstrito às conclusões do laudo pericial podendo cotejar outros elementos constantes dos autos é de ser mantida, *in casu*, a indenização fixada conforme valores encontrados no laudo elaborado pelo perito designado pelo juízo, tendo em vista estar bem fundamentado, utilizado critérios adequados e atuado de forma imparcial. Hipótese em que o perito judicial determinou o valor de mercado do imóvel expropriado. Precedente dessa Corte.

- Correção Monetária. O valor ofertado - e depositado judicialmente - deve ser atualizado monetariamente desde a data de seu depósito até a data de elaboração do laudo pericial, a fim de que se encontre o saldo remanescente a ser satisfeito. A correção monetária do valor remanescente é devida a contar da data de avaliação do bem pelo IGP-M.

- Juros compensatórios devidos à razão de 12% ao ano, nos termos da Súmula nº 618 do STF, sobre 80% da diferença entre o valor ofertado e o valor fixado em sentença, isto é, a quantia apontada pelo laudo pericial. Manutenção da sentença no aspecto, já que fixada base de cálculo menor, sendo inviável a reforma *in pejus* do Município em reexame necessário.

- Juros Moratórios. Fixação ao percentual de 6% ao ano, devidos a partir de 1º de janeiro do exercício seguinte àquele em que o pagamento deveria ser feito. Inteligência do art. 15-B do Decreto-Lei nº 3.365/41. Extirpação da cominação de juros de mora em duplicidade, contida na parte final da sentença. REFORMARAM PARCIALMENTE A SENTENÇA EM REEXAME NECESSÁRIO. (TJRS, Reexame Necessário, Número 70031270119, Terceira Câmara Cível, Relator: Matilde Chabar Maia, julgado em 17/12/2009, DJ de 13/01/2010)

DESAPROPRIAÇÃO - INDENIZAÇÃO - VALOR ENCONTRADO ATRAVÉS DO LAUDO DO PERITO OFICIAL, DEVIDAMENTE FUNDAMENTADO - SENTENÇA CONFIRMADA.

(TJSP, Apelação com revisão, Número 4219325100, Quarta Câmara de Direito Público, Relator Des. RICARDO FEITOSA, julgado em 09/11/2009, data da publicação: 30/11/2009)

Assim, destaco não se verificar qualquer elemento capaz de fazer desconsiderar-se o laudo de avaliação para que sejam utilizados os valores de avaliação produzidos unilateralmente pelo expropriante ou aquele sugerido pelo expropriado.

A avaliação do imóvel objeto da presente desapropriação para a fixação da justa indenização, utilizando método comparativo, onde foi determinado o valor baseando-se na comparação direta com outros imóveis ofertados ou transacionados no mercado, é aquele que melhor atende ao dever constitucional da justa indenização, ainda que venha a resultar em valor de grande monta, considerando não haver plausibilidade na tese aventada pelo recorrente de que o levantamento pericial se deu de forma incompleta, pois não há nada de concreto a demonstrar emprego inadequado da técnica avaliativa no caso concreto.

Em igual sentido, a Procuradoria Geral de Justiça opina, em seu parecer, pelo improvimento da apelação, aduzindo:

As divergências entre as partes, no que se refere à metodologia a ser utilizada na avaliação do terreno a ser desapropriado, não tem o condão de descaracterizar, posto escorreita e inatacável a perícia que serve de fulcro para justo *decisum*, como bem salientou o douto julgador monocrático.

As respostas aos quesitos apresentados pelos litigantes, assim como fotografias e demais elementos constantes do trabalho produzido pelo *expert* são suficientes para evidenciar o grande desenvolvimento da região em que se situa o imóvel, característica essencial para a apuração de seu valor de mercado. (fls. 675).

Quanto à fixação de juros compensatórios, é entendimento pacificado no Superior Tribunal de Justiça, que estes destinam-se a compensar o proprietário pela perda do bem, sendo irrelevante que haja improdutividade do imóvel expropriado⁷.

A Medida Provisória nº. 1.577/97 e suas sucessivas reedições incluíram, no Decreto-Lei n. 3.365/41 (Lei Geral das Desapropriações), o art. 15-A, passando a estabelecer que os juros compensatórios fossem fixados em 6% (seis por cento) ao ano sobre o valor da diferença eventualmente apurada, a

contar da imissão na posse, havendo divergência entre o preço ofertado em juízo e o valor do bem, fixado na sentença, expressos em termos reais, vedado o cálculo de juros compostos.

O Supremo Tribunal Federal, ao apreciar a medida cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 2332-2/DF, entendeu ser inconstitucional essa redução da taxa de juros compensatórios, por conflitar com a garantia do justo preço, determinando, dentre outras coisas, a suspensão da eficácia da expressão “de até seis por cento”, contida no art. 15-A, do supracitado Decreto-Lei n. 3.365/41.

Esta decisão, ressalte-se, foi proferida com efeitos *ex nunc*, não retroagindo, portanto. Significa que nas desapropriações propostas sob a vigência do art. 15-A do Decreto-lei n.º 3.365/1940, são devidos juros compensatórios de 6% (seis por cento) ao ano, da imissão provisória até a concessão da cautelar na referida ADI, incidindo, a partir daí, o percentual de 12% (doze por cento) ao ano⁸. Sobre a matéria, diz o Superior Tribunal de Justiça:

ADMINISTRATIVO. AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO ESPECIAL. DESAPROPRIAÇÃO. JUROS COMPENSATÓRIOS. MP 1.577/97. ART 6º. ADIN 2.332-2. REDUÇÃO DO PERCENTUAL DE 12% PARA 6% AO ANO NO PERÍODO COMPREENDIDO ENTRE A IMISSÃO NA POSSE E A PUBLICAÇÃO DA DECISÃO PROFERIDA NA REFERIDA AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE.

I - *In casu*, a imissão na posse ocorreu em 10/06/1998, isto é, na plena vigência do art. 6º da MP 1.577 que determinou a redução dos juros compensatórios ao percentual de 6% (seis por cento) ao ano.

II - Com a publicação da decisão proferida na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2.332-2 em 14/09/2001, sobreveio a suspensão da eficácia da referida disposição provisória, de modo que, para períodos posteriores à publicação, deve ser respeitada a incidência dos juros compensatórios no patamar de 12% (doze por cento) ao ano, nos termos da Súmula 618/STF.

III - Nesse contexto, entre a imissão na posse e a data da publicação da decisão proferida na referida ADIN, os juros compensatórios devem ficar limitados a 6% (seis por cento) ao ano, nos termos do art. 6º, da MP 1.577/97.

IV - Agravo Regimental improvido. (STJ, AgRg no AgRg no REsp 692346/RN, Rel. Ministro FRANCISCO FALCÃO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 16/06/2005, DJ 05/09/2005 p. 262)

Há de ressaltar que o referido art. 15-A da Lei Geral das Desapropriações não se aplica àqueles casos de expropriações ajuizadas antes de sua inserção pela Medida Provisória n.º 1.577/1997.

Dito isso, havendo a presente ação sido ajuizada nos idos de 1999, ocorrendo o desapossamento dos terrenos no mesmo período conforme se verifica dos autos (fls. 24/25), em data posterior à MP n. 1577/97, os autores fazem jus aos juros compensatórios de 6% (seis por cento) ao ano até a concessão da cautelar na referida ADI, incidindo, a partir daí, o percentual de 12% (doze por cento) ao ano, conforme determinado pela sentença apelada, não merecendo prosperar as razões insurgenciais do recorrente.

Já quanto aos juros moratórios, estes deveriam ser contados desde o trânsito em julgado da sentença na ação de desapropriação, conforme disposto na Súmula n.º 70 do STJ⁹. Acontece que na desapropriação por necessidade ou utilidade pública e interesse social, inclusive para fins de reforma agrária, os juros moratórios destinam-se a recompor a perda decorrente do atraso no efetivo pagamento da indenização fixada na decisão final de mérito, e somente serão devidos à razão de até seis por cento ao ano, a partir de 1º de janeiro do exercício seguinte àquele em que o pagamento deveria ser feito, nos termos do art. 100 da Constituição e do art. 15-B, do Decreto-lei n.º 3.365/1941, devendo inclusive ser afastada a aplicação da Súmula 70/STJ às ações de desapropriação em curso quando do advento do art. 15-B do Decreto-lei 3.365/1941, mesmo que iniciadas no período anterior¹⁰, quanto mais em situações como a presente, em que a sentença fora proferida após a vigência da Medida Provisória n.º 1.577/1997. Esta é a orientação seguida pelo TJCE, conforme apresenta a jurisprudência:

APELAÇÃO CÍVEL - DESAPROPRIAÇÃO INDIRETA - JUROS MORATÓRIOS - TERMO INICIAL DE INCIDÊNCIA - REGIME DE PRECATÓRIOS - PRECEDENTES DO STJ - RECURSO CONHECIDO E PROVIDO.

1- A nova ordem jurídica, consubstanciada no art. 15-B do Decreto-Lei nº 3.365/41, determina a incidência dos juros moratórios a partir de 1º de janeiro do exercício seguinte àquele em que o pagamento deveria ser feito, nos termos do art. 100 da Constituição, orientação esta que, inclusive, harmoniza-se com a mais recente jurisprudência firmada pelo STF, no sentido de não considerar a mora imputada à Fazenda Pública nos casos em que o pagamento é feito dentro das determinações constitucionalmente estabelecidas no art. 100 da Carta Política, isto é, dentro do regime de precatórios.

2- A obrigação de efetuar o pagamento da indenização nasce com o trânsito em julgado da sentença, a partir de quando passar a incidir em mora a Fazenda Pública, de sorte que a lei aplicável, no que tange ao termo inicial de incidência dos juros moratórios, é a vigente nesse momento. Precedentes do STJ.

3- Recurso conhecido e provido. (TJCE, Apelação Cível, Número Único 16659-72.2005.8.06.0000/0, Segunda Câmara Cível, Relatora Des. GIZELA NUNES DA COSTA, julgado em 20/08/2008, DJ de 10/09/2008 p.36)

Por fim, não se há de esquecer que os honorários advocatícios nas ações de desapropriação serão fixados no patamar de 0,5% (meio por cento) a 5% (cinco por cento) sobre a diferença entre o preço oferecido e o valor da indenização, observado o disposto no parágrafo 4º do art. 20 do CPC e livre da limitação da parte final do art. 27, parágrafo 1º, do Decreto-lei n.º 3.365/1941, por força da concessão de medida cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade 2.332/DF. Significa dizer que não há limite de valor para os honorários de advogado na desapropriação, devendo ser fixados entre os percentuais apresentados, ressalvados os casos de desapropriação de imóvel rural, por interesse social, para fins de reforma agrária, o que não é o caso dos autos. Estes limites percentuais, previstos pelo art. 27, § 1º, do Decreto-Lei 3.365/1941, aplicam-se às sentenças proferidas após a publicação da MP 1.997-37/2000, havendo também posicionamento concorde desta Corte Estadual de Justiça:

CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. DESAPROPRIAÇÃO POR INTERESSE PÚBLICO. PERÍCIA NO IMÓVEL EXPROPRIADO. DATA DA REALIZAÇÃO. INTIMAÇÃO DAS PARTES. AUSÊNCIA. DECRETAÇÃO DE NULIDADE. NÃO CABIMENTO. APLICAÇÃO DOS PRINCÍPIOS DA *PAS DE NULLITÉ SANS GRIEF*, E DO *NEMO POTEST VENIRE CONTRA FACTUM PROPRIUM*. JUSTA INDENIZAÇÃO. PERÍCIA OFICIAL. FUNDAMENTAÇÃO ADEQUADA. PREVALÊNCIA SOBRE LAUDOS DAS PARTES. JUROS MORATÓRIOS. JUROS COMPENSATÓRIOS. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. APLICAÇÃO DO ENTENDIMENTO DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. REMESSA NECESSÁRIA E APELAÇÃO CONHECIDAS E PARCIALMENTE PROVIDAS.

1. A não intimação das partes acerca da data para realização de perícia, por si só, não é motivo para invalidação da mesma, quando não restar demonstrado o efetivo prejuízo sofrido.

2. Incide ao caso o princípio do *nemo potest venire contra factum proprium*, o qual, segundo Ovídio Baptista da Silva, consiste na impossibilidade em que se encontra a parte de praticar determinado ato ou postular certa providência judicial em razão da incompatibilidade existente entre aquilo que agora pretende e sua própria conduta processual anterior.

3. Nas ações de desapropriação em que divergem as partes quanto ao preço justo da indenização, o conhecimento técnico a ser consignado em laudo pericial é o critério orientador para o juiz na fixação do *quantum* indenizatório.

4. Consoante entendimento consolidado no Superior Tribunal de

Justiça, os juros moratórios incidem somente a partir de 1º de janeiro do exercício financeiro seguinte àquele em que o pagamento deveria ser efetuado.

5. É pacífico na jurisprudência que os juros compensatórios são devidos independentemente de se tratar de imóvel improdutivo, pela perda da posse antes da justa indenização.

6. A limitação dos juros compensatórios em 6% ao ano, prevista no art. 15-A do Decreto-Lei 3.365/41, deve ser aplicada apenas no período entre a inovação legislativa, promovida pela Medida Provisória 1.577/97, e sua suspensão pelo Supremo Tribunal Federal, em virtude da medida liminar proferida na ADIn 2.332/DF.

7. Ocorrida a imissão na posse do imóvel desapropriado após 13/09/2001, são devidos juros compensatórios no percentual de 12% (doze por cento) ao ano.

8. “A incidência dos juros moratórios sobre os compensatórios, nas ações expropriatórias, não constitui anatocismo vedado em lei” (Súmula 102/STJ).

9. Os limites de 0,5% (meio por cento) a 5% (cinco por cento) para os honorários advocatícios em ações de desapropriação, previstos pelo art. 27, § 1º, do Decreto-Lei 3.365/1941, aplicam-se às sentenças proferidas após a publicação da MP 1.997-37/2000.

10. Remessa necessária e apelação conhecidas e parcialmente providas. (TJCE, Apelação Cível, 8518-21.2000.8.06.0071/1, Primeira Câmara Cível, Relator Des. FERNANDO LUIZ XIMENES ROCHA, julgado em 23/11/2009, DJ de 15/12/2009 p.13/14)

Nos autos, a sentença é proferida em 1999, anterior à vigência do artigo 27, parágrafo 1º, da Lei Geral de Desapropriações, com a redação que lhe conferiu a MP 1.997-37/2000, e suas reedições, não havendo que se falar em imperfeição na forma como arbitrado pelo douto julgador de primeiro grau.

Ante o exposto, conheço da apelação interposta e do reexame necessário, para dar-lhes parcial provimento, somente no que diz respeito aos juros moratórios, devendo estes ser calculados à razão de até seis por cento ao ano, não do trânsito em julgado da sentença, mas a partir de 1º de janeiro do exercício seguinte àquele em que o pagamento deveria ser feito, nos termos do art. 100 da Constituição e do art. 15-B, do Decreto-lei n.º 3.365/1941, mantendo inalterada a decisão de primeiro grau no demais.

É como voto.

Fortaleza, 26 de Abril de 2010.

¹ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Curso de direito administrativo, 14ª edição, Rio de Janeiro: Editora Forense, 2005, p. 379.

² TJCE, Apelação Cível, Número Único 7938-68.2004.8.06.0000/0, Quarta Câmara Cível, Rel. Des. FRANCISCO LINCOLN ARAÚJO E SILVA, julgado em 11/05/2007, DJ de 23/05/2007 p.34/35.

³ SALLES, José Carlos de Moraes. A desapropriação à luz da doutrina e da jurisprudência, 4ª edição, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000, p. 527.

⁴ STJ, REsp 1150414/SP, Rel. Ministro CASTRO MEIRA, SEGUNDA TURMA, julgado em 23/02/2010, DJe 08/03/2010. Também neste sentido: REsp 146356/SP, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 20/08/2009, DJe 15/12/2009.

⁵ TJMG, Apelação Cível e Reexame Necessário, Numeração Única 456652-14.2005.8.13.00016, 6ª Câmara Cível, Relator Des. ANTÔNIO SÉRVULO, julgado em 27/04/2009, data da publicação: 29/05/2009.

⁶ TJMG, Apelação Cível e Reexame Necessário, Numeração Única 7772600-71.2005.8.13.0024, Oitava Câmara Cível, Relatora Desa. TERESA CRISTINA DA CUNHA PEIXOTO, julgado em 29/03/2007, data da publicação: 28/06/2007.

⁷ Neste sentido: PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. DESAPROPRIAÇÃO PARA FINS DE REFORMA AGRÁRIA. REDUÇÃO DA INDENIZAÇÃO FIXADA E DA VERBA HONORÁRIA. MATÉRIA DE PROVA. SÚMULA 7/STJ. JUROS COMPENSATÓRIOS. IMÓVEIS IMPRODUTIVOS. INCIDÊNCIA. MP 1.577/97 E REEDIÇÕES. APLICABILIDADE ÀS SITUAÇÕES POSTERIORES ÀS SUAS RESPECTIVAS VIGÊNCIAS. JUROS MORATÓRIOS. APLICAÇÃO DA LEI VIGENTE AO TEMPO DO TRÂNSITO EM JULGADO. ART. 15-B DO DECRETO-LEI 3.365/41, INSERIDO PELA MP 1.901-30/99. 1. [...]. 2. [...]. 3. Os juros compensatórios — que remuneram o capital que o expropriado deixou de receber desde a perda da posse, e não os possíveis lucros que deixou de auferir com a utilização econômica do bem expropriado — são devidos nas desapropriações a partir da imissão provisória e antecipada na posse do bem expropriado, mesmo na hipótese de ser o imóvel improdutivo. 4. [...]. 5. [...]. 6. [...]. 7. [...]. 8. [...]. 9. [...] 10. Recurso especial parcialmente provido. (STJ, REsp 690547/CE, Rel. Ministra DENISE ARRUDA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 21/03/2006, DJ 10/04/2006 p. 136).

⁸ CUNHA, Leonardo José Carneiro da. A fazenda pública em juízo, 6ª ed., São Paulo: Dialética, 2008, p. 569.

⁹ Os juros moratórios, na desapropriação direta ou indireta, contam-se desde o trânsito em julgado da sentença. (Súmula 70, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 15/12/1992, DJ 04/02/1993 p. 775)

¹⁰ STJ, REsp 1141575/SP, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 10/11/2009, DJe 11/12/2009.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 87351-59.2006.8.06.0001/1
ORIGEM: 22ª VARA CÍVEL DA COMARCA DE FORTALEZA
APELANTE: MAPFRE VERA CRUZ SEGURADORA S.A
APELADO: IRAILSON RODRIGUES COSTA
RELATORA: DESA. SÉRGIA MARIA MENDONÇA MIRANDA
ÓRGÃO JULGADOR: 6ª CÂMARA CÍVEL

EMENTA: DPVAT – QUITAÇÃO DADA EM VIA ADMINISTRATIVA NÃO IMPEDE A DISCUSSÃO JUDICIAL ACERCA DE EVENTUAL COMPLEMENTAÇÃO DA INDENIZAÇÃO – POSSIBILIDADE DE UTILIZAÇÃO DO SALÁRIO MÍNIMO COMO BASE PARA A AFERIÇÃO DE VALORES DA INDENIZAÇÃO DECORRENTE DO SEGURO OBRIGATÓRIO – POSSIBILIDADE DE QUANTIFICAÇÃO DO VALOR DA INDENIZAÇÃO DECORRENTE DE INVALIDEZ PERMANENTE – APELO PARCIALMENTE PROVIDO – SENTENÇA REFORMADA.

1- O fato de ter o apelado recebido certa quantia pela via administrativa não lhe retira o direito de pleitear judicialmente a complementação daquele valor.

2 – Não há na espécie qualquer afronta ao artigo 7º, inciso IV, da Constituição de 1988, pois a lei 6.194/74 não pretendeu criar forma de indexação e sim estabelecer valor certo e determinado para o pagamento das indenizações decorrentes do seguro DPVAT.

3 – Ao prever que a indenização será paga no valor de até R\$ 13.500,00 (treze mil e quinhentos reais), redação atual, ou até 40 (quarenta salários mínimos), o legislador objetivou diferenciar tipos de invalidez, se assim não fosse, não teria sentido a expressão “até”, sempre presente na redação da alínea “b” e, posteriormente, no inciso II, do artigo 3º da lei 6.194/74, antes e após a nova redação dada pela medida provisória nº 340/2006 e mantida pela lei nº 11.482/2007.

4 – A lei 6.194/74 dispunha em seu art. 5º, § 5º, visto que houve alteração na redação desse dispositivo com o advento da Medida Provisória 451/2008, posteriormente pela Lei 11.945/2009, que caberia ao IML quantificar as lesões permanentes de acordo com os percentuais da tabela das condições gerais de seguro de acidente suplementada, utilizando nos casos omissos as tabelas de acidentes do trabalho e da classificação internacional das doenças. A quantificação das lesões não teria sentido se não fosse a intenção do legislador tratar com isonomia os diferentes tipos de invalidez.

5 – O pagamento das indenizações tomando por base Resoluções do Conselho Nacional de Seguros Privados não importa em afastamento da lei pelo ato expedido pelo CNSP, visto que o dispositivo inserto no artigo 12 da própria lei 6.194/74 determina a expedição das referidas normas e, conforme já explicitado, o valor outrora apresentado pela alínea “b” do artigo 3º da lei 6.194/74 estabelece o valor máximo a ser pago e não um montante único.

6 - Caso a vítima não demonstre que o valor percebido com base em norma expedida pelo CNSP não faz jus à extensão da invalidez que lhe fora imposta, motivando a atuação do julgador no sentido de adequar o valor da indenização ao caso concreto, respeitando o teto legal, não há diferença a se buscar entre o valor pago administrativamente e o máximo previsto na lei 6.194/74 para os casos de invalidez permanente.

7 – Apelação conhecida e parcialmente provida.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de Apelação Cível ACORDAM os Desembargadores membros da Sexta Câmara Cível do Egrégio Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, por unanimidade, em conhecer do recurso, para dar-lhe parcial provimento, nos termos do voto da Relatora.

RELATÓRIO

Trata-se de Ação de Cobrança ajuizada por IRAILSON RODRIGUES COSTA em face de MAPFRE VERA CRUZ SEGURADORA

S.A requerendo, em suma, a condenação da requerida ao pagamento da diferença entre o valor pago na via administrativa e a cobertura legalmente estipulada, correspondente a 40 salários mínimos, à data da liquidação, referente ao seguro obrigatório (DPVAT) nos casos de invalidez permanente decorrente de acidente automobilístico.

A sentença *a quo* julgou procedente a demanda, tendo, em síntese, condenado a apelante ao pagamento do valor de R\$ 8.508,88 (oito mil, quinhentos e oito reais e oitenta e oito centavos), referente à diferença entre o valor recebido administrativamente e o efetivamente devido no caso de invalidez permanente, 40 salários mínimos.

Insatisfeita com a decisão, MAPFRE VERA CRUZ SEGURADORA S.A propôs Apelação Cível (fls.152/158), argumentando, preliminarmente, que falta ao apelado interesse de agir, uma vez que o pagamento relativo ao sinistro ocorreu devidamente na via administrativa, não havendo elementos que afastem a quitação. Quanto ao mérito, expõe: a) é vedada a vinculação do valor da indenização ao salário mínimo; b) o valor da indenização pago administrativamente correspondeu àquele determinado pelo CNSP, devido ao grau de incapacidade imposto ao apelado por ocasião do sinistro; c) a correção monetária não deve incidir a partir da data do sinistro e sim da instauração da ação.

Os autos ascenderam a este Tribunal no mês de junho de 2009, sendo regularmente distribuídos à Desa. Gizela Nunes da Costa, no entanto, em virtude da sua aposentadoria, foram redistribuídos ao Des. Francisco Auricélio Pontes, posteriormente, por força da Portaria nº 1.489/2009, vieram-me conclusos em 03 de fevereiro de 2010.

É o breve relatório.

Encaminhem-se os autos ao Presidente da Câmara solicitando data para julgamento.

Fortaleza, 17 de fevereiro de 2010.

VOTO

A sentença *a quo* julgou procedente a ação determinando o pagamento da diferença entre o valor recebido administrativamente pelo apelado e o montante correspondente à 40 (quarenta) salários mínimos, relativos à indenização correspondente ao seguro DPVAT por invalidez permanente. Irresignada, MAPFRE VERA CRUZ SEGURADORA S.A maneja o presente recurso apelatório.

Defende a apelante, em sede de preliminar, que falta interesse de agir ao apelado, tendo em vista que já fora pago administrativamente o valor da indenização correspondente à incapacidade decorrente do sinistro, e, não há elementos que afastem a quitação ofertada.

A tese apresentada não se sustenta, pois, o autor da demanda, ora apelado, tenciona perceber a diferença entre a quantia que já fora efetivamente paga e o valor que entende devido no caso de invalidez permanente, condição que afirma lhe ter sido imposta em decorrência do sinistro, de modo que o pagamento efetuado seria inferior ao devido, logo, o fato de ter o apelado recebido certa quantia pela via administrativa não lhe retira o direito de pleitear judicialmente a complementação daquele valor.

PROCESSO CIVIL. APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE COBRANÇA DE COMPLEMENTAÇÃO DO SEGURO OBRIGATÓRIO - DPVAT - MORTE DA VÍTIMA - PRELIMINAR DE FALTA DE INTERESSE DE AGIR - REJEIÇÃO - LEI Nº 6.194/74 - INDENIZAÇÃO FIXADA EM MÚLTIPLOS DE SALÁRIO MÍNIMO - POSSIBILIDADE - PRECEDENTES - CORREÇÃO MONETÁRIA A PARTIR DO PAGAMENTO PARCIAL - JUROS DE MORA - TERMO A *QUO* - DATA DA CITAÇÃO - RECURSO PROVIDO EM PARTE

A quitação dada pelo recebimento de valor a título de DPVAT, pago a menor, refere-se apenas ao montante recebido, não importando em renúncia ao direito de pleitear eventual complementação.

[...] (Apelação Cível nº 11164-13.2006.8.06.0000/0, TJCE, Rel. Des. Francisco Sales Neto, 1ª Câmara Cível, julgado em 28/10/2009, publicado em 17/11/2009) Grifos nossos.

Superada a questão preliminar agitada, passo a analisar as questões relativas ao mérito do recurso apelatório.

I. Possibilidade de vinculação do valor da indenização ao salário mínimo.

Sustenta a apelante que a vinculação da indenização ao salário mínimo é ilegal e inconstitucional, porém, não visualizo na espécie qualquer afronta ao artigo 7º, inciso IV, da Constituição de 1988, pois a lei 6.194/74 não pretendeu criar forma de indexação e sim estabelecer valor certo e determinado para o pagamento das indenizações decorrentes do seguro DPVAT.

O posicionamento jurisprudencial não destoaria desse entendimento, reconhece, pois, a compatibilidade entre dispositivo apresentado anteriormente¹ na lei 6.194/74, e a disposição constitucional supramencionada, não havendo qualquer indício de inconstitucionalidade no caso em tela.

PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. AGRAVO NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. SEGURO OBRIGATÓRIO. ACIDENTE DE TRÂNSITO. SEGURADORA. LEGITIMIDADE PASSIVA. PREQUESTIONAMENTO. AUSÊNCIA. FUNDAMENTAÇÃO DEFICIENTE. VALOR DA INDENIZAÇÃO. LEGALIDADE.

- O valor de cobertura do seguro obrigatório de responsabilidade civil de veículo automotor (dpvat) é de quarenta salários mínimos, não havendo incompatibilidade entre o disposto na lei n. 6.194/74 e as normas que impossibilitam o uso do salário mínimo como parâmetro de correção monetária.

- Agravo não provido. (AgRg no Ag 742443, Rel. Min. Nancy Andrighi, STJ, 3ª Turma Cível, julgado em 04/04/2006, publicado em 24/04/2006). Grifos nossos.

II. Impossibilidade de aplicação de correção monetária a partir do sinistro.

A pretensão do recorrente no sentido de afastar a aplicação de correção monetária desde a data do sinistro, no caso de improvimento da Apelação, é absolutamente esvaziada de sentido, uma vez que a sentença vergastada fixou a correção monetária a partir da data do pagamento parcial (18/11/2004), posicionamento que não merece censura, havendo, inclusive manifestação jurisprudencial desta Corte, exemplificativamente nos julgamentos das Apelações Cíveis nº 95716-68.2007.8.06.0001/1, nº 780108-33.2000.8.06.0001/1 e nº 308945-58.2000.8.06.0001/1, no sentido de que a correção monetária deve incidir a partir da data do pagamento parcial, ocasião em que a vítima deveria ter alcançado o valor efetivamente devido.

III. Possibilidade de quantificação do valor da indenização decorrente de invalidez permanente.

Reside aqui a maior controvérsia que permeia o tema discutido, qual seja, a possibilidade de quantificação das lesões experimentadas pela vítima de acidente automobilístico em via terrestre para fins de escalonamento do valor estipulado para os casos de invalidez permanente.

A apelante argumenta que o valor pago ao apelado, R\$ 1.891,12 (um mil, oitocentos e noventa e um reais e doze centavos), guardou plena observância à Tabela de normas de acidentes pessoais expedida pelo CNSP.

Ao prever que a indenização será paga no valor de até R\$ 13.500,00 (treze mil e quinhentos reais), redação atual, ou até 40 (quarenta salários mínimos), o legislador objetivou diferenciar tipos de invalidez, se assim não fosse, não teria sentido a expressão “até”, sempre presente na redação da alínea “b” e, posteriormente, no inciso II, do artigo 3º da lei 6.194/74, antes e após a nova redação dada pela medida provisória nº 340/2006 e mantida pela lei nº 11.482/2007.

A leitura do artigo 3º da lei 6.194/74, *caput*², não deixa dúvidas quanto à intenção do legislador em diferenciar as espécies de invalidez, isto é, em que pese o fato de qualquer que seja o tipo de lesão importar em certa debilidade à vítima, não se permite conjecturar que todas devem ser consideradas em um mesmo patamar.

A intenção do legislador, ao utilizar a expressão “invalidez permanente” no artigo 3º, tanto na revogada alínea “b” quanto no atual inciso II, da lei 6.194/74, a meu sentir, foi no sentido de que a lesão experimentada pelo acidentado seja grave a ponto de torná-lo incapaz de realizar suas ocupações habituais, não sendo suficiente para caracterizá-la a ocorrência de lesões que, embora afetem em caráter permanente sua integridade corporal, não o impossibilitem de exercer suas atividades cotidianas, bem como àquelas inerentes à vida de qualquer indivíduo.

A citada lei dispunha em seu art. 5º, § 5º, visto que houve alteração na redação desse dispositivo com o advento da Medida Provisória 451/2008, posteriormente pela Lei 11.945/2009, que caberia ao IML quantificar as lesões permanentes de acordo com os percentuais da tabela das condições gerais de seguro de acidente suplementada, utilizando nos casos omissos as tabelas de acidentes do trabalho e da classificação internacional das doenças.

A quantificação das lesões não teria sentido se não fosse a intenção do legislador tratar com isonomia os diferentes tipos de invalidez. Imperioso frisar que a isonomia consiste não em aplicar uma regra única indistintamente, mas sim, em “tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais”.

Na ocasião do julgamento do REsp Nº 1.119.614 – RS, o Relator, Ministro Aldir Passarinho Junior, se pronunciou sobre o tema, e, devido à pertinência de sua manifestação ao caso em análise, transcrevo suas considerações: “ sobre a tese da possibilidade de cobertura parcial do DPVAT, proporcionalmente ao grau de invalidez, ela se me afigura correta, considerando que o art. § 5º do art. 5º da Lei 6.194/1974, com a nova redação dada pela Lei 8.441/1992, que disciplina tal espécie de seguro, dispõe que: “*O instituto médico legal da jurisdição do acidente também quantificará as lesões físicas ou psíquicas permanentes para fins de seguro previsto nesta lei, em laudo complementar, no prazo médio de noventa dias do evento, de acordo com os percentuais da tabela das condições gerais de seguro de acidente suplementada, nas restrições e omissões desta, pela tabela de acidentes do trabalho e da classificação internacional das doenças*” ” , o Ministro continua seu raciocínio concluindo

que: “ Com efeito, não haveria sentido útil na letra da lei sobre a indicação da quantificação das lesões e percentuais da tabela para fins de DPVAT, se este seguro houvesse, sempre, de ser pago pelo valor integral, independentemente da extensão da lesão e de grau de invalidez”.

Pelo exposto, observa-se a delicadeza e complexidade do tema, no sentido de que a indenização por invalidez deve ser analisada caso a caso, não bastando simples prova de debilidade, ainda que permanente, para que a indenização por invalidez seja arbitrada em seu patamar máximo. Debilidade permanente não pode, evidentemente, ter o mesmo significado de invalidez permanente de acordo com a finalidade que emerge do próprio texto legal.

O pagamento das indenizações tomando por base Resoluções do Conselho Nacional de Seguros Privados não importa em afastamento da lei pelo ato expedido pelo CNSP, visto que o dispositivo inserto no artigo 12³ da própria lei 6.194/74 determina a expedição das referidas normas e, conforme já explicitado, o valor outrora apresentado pela alínea “b” do artigo 3º da lei 6.194/74 estabelece o valor máximo a ser pago e não um montante único.

Nesse sentido, concluo que caso a vítima não demonstre que o valor percebido com base em norma expedida pelo CNSP não faz jus à extensão da invalidez que lhe fora imposta, motivando a atuação do julgador no sentido de adequar o valor da indenização ao caso concreto, respeitando o teto legal, não há diferença a se buscar entre o valor pago administrativamente e o máximo previsto na lei 6.194/74 para os casos de invalidez permanente.

Destarte, divirjo do entendimento apresentado na sentença recorrida, pois, a análise dos autos permite concluir, apenas, que a verba indenizatória devida ao apelado foi devidamente paga, tomando-se por base o tabelamento do Conselho Nacional de Seguros Privados, em consonância com os artigos da lei 6.194/1974 acima referidos, notadamente o seu artigo 12.

Assim, conheço do recurso para dar-lhe parcial provimento no sentido de julgar improcedente a demanda, uma vez que o valor pago na via administrativa corresponde ao imperativo legal.

É como voto.

Fortaleza, 24 de fevereiro de 2010.

¹ Desde 29 de dezembro de 2006, com o advento da Medida Provisória nº 340/2006, posteriormente convertida na Lei 11.482/2007, a Lei 6.194/74 não utiliza o salário mínimo como parâmetro nos valores referentes às indenizações decorrentes do seguro DPVAT.

² Art. 3º. Os danos pessoais cobertos pelo seguro estabelecido no art. 2º desta Lei compreendem as indenizações por morte, por invalidez permanente, total ou parcial, e por despesas de assistência médica e suplementares, nos valores e conforme as regras que se seguem, por pessoa vitimada:

³ Art. 12. O Conselho Nacional de Seguros Privados expedirá normas disciplinadoras e tarifas que atendam ao disposto nesta lei.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 463714-27.2000.8.06.0000/0.
ORIGEM: VARA ÚNICA DA COMARCA DE TRAIRI
APELANTE: JOSÉ EREDÍCIO BARBOSA.
APELADA: MARLY MARTINS DA JUSTA FEITOSA.
RELATORA: DESEMBARGADORA SÉRGIA MARIA MENDONÇA
MIRANDA.
ÓRGÃO JULGADOR: 6ª. CÂMARA CÍVEL

EMENTA. APELAÇÃO CÍVEL. PROCESSUAL CIVIL. RECURSO CONTRA SENTENÇA QUE CONDENOU À RESTITUIÇÃO DAS CUSTAS PROCESSUAIS SEM INCLUIR A ATUALIZAÇÃO MONETÁRIA DE SEU VALOR. VALOR ÍNFIMO. NÃO-CONHECIMENTO DA APELAÇÃO, NESTA PARTE. PRETENSÃO DE AUMENTO DOS HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. INEXISTÊNCIA DE MOTIVOS QUE JUSTIFIQUEM O AUMENTO DA VERBA HONORÁRIA.

- Não merece ser conhecido o recurso quando o valor perseguido é menor que o necessário para movimentar a máquina judiciária. Hipótese em que se busca apenas a atualização de custas processuais no irrisório valor de R\$ 18,90 (dezoito reais e noventa centavos). Valor ínfimo, que não comporta julgamento pelo Poder Judiciário. Aplicação do princípio *minimis non curat praetor* (o pretor não cuida de ninharias);

- A condenação em honorários advocatícios maiores ou menores do que os padrões estabelecidos pelo § 3º do art. 20 do Código de Processo Civil pressupõe a existência de razões que lho justifiquem. Não havendo sido demonstrado elevado grau de zelo do advogado, tramitando o processo em comarca pequena e exigindo pouco tempo do advogado, a verba honorária de 10% do valor da causa se mostra razoável;

- Recurso parcialmente conhecido, e nesta parte improvido.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de Apelação Cível ACORDAM os Desembargadores membros da Sexta Câmara Cível do Egrégio Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, por unanimidade, em conhecer parcialmente do recurso, para negar-lhe provimento, nos termos do voto da Relatora.

RELATÓRIO

Trata-se o presente feito de ação de preceito cominatório em que o autor JOSÉ EREDÍCIO BARBOSA buscou o socorro do Poder Judiciário para obrigar a ré MARLY MARTINS DA JUSTA FEITOSA a proceder a uma reforma na calçada de sua residência, pelas razões a seguir expostas.

Aduz a petição inicial que os demandantes são vizinhos, e que a ré, ao fazer a reforma de seu imóvel, acabou por desnivelar a calçada de ambos em mais de 20 centímetros em relação à calçada do autor.

Ao fazê-lo, diz a vestibular, o promovente teve dificuldade de acessar sua residência em virtude de ter dois filhos paraplégicos, que para se locomoverem fazem uso de cadeira de rodas. Tal fato teria violado o código de posturas do Município de Trairi. Pleiteou ao Judiciário que obrigasse a promovida a nivelar as calçadas de ambos, de sorte a permitir o acesso de seus filhos à própria residência.

Em sua defesa, a promovida afirma que a ação é uma mera picuinha do promovente, um mau vizinho, segundo ela, que pretende apenas arranjar confusão. Alega que a cidade de Trairi possui diversos desníveis de calçadas, em virtude do relevo acidentado da cidade, bem como que não há Código de Posturas em Trairi para atender o pleito da vestibular. Pede a improcedência da ação, em todos os seus termos.

Em petição de fls. 16, o autor requereu a citação do Município a fim de que a edilidade se manifestasse sobre a regularidade da construção da calçada. Em petição de fls. 26-28, o Município, inicialmente, concordou com o pedido inicial, alegando a ilegalidade do desnível entre as calçadas.

Às fls. 41-42, a ré informou que o seu ex-advogado, Dr. Francisco Lopes da Cunha, com o intuito de apaziguar os ânimos acirrados entre as partes, resolveu construir uma rampa para nivelar as calçadas de ambos, de modo a permitir o acesso dos filhos paraplégicos do autor à sua residência. Tal dificuldade se constituía na maior reclamação aludida na inicial. Fotografias de fls. 43-44 comprovam o alegado.

Diante da construção procedida pelo advogado, o Município de Trairi peticionou às fls. 45 para informar que a rampa fez cessar a ilegalidade que antes havia afirmado existir, pelo que requereu a improcedência da ação.

Consta dos autos, às fls. 49, ofício oriundo da Secretaria de Fazenda do Estado do Ceará (SEFAZ), que, instada a se manifestar pelo autor sobre a regularidade da construção, afirmou inexistir qualquer oposição do órgão quanto à construção supra mencionada.

Memoriais apresentados às fls. 54-55, pela ré, e 56-57, pelo autor.

O MM. Juiz de primeiro grau, em sentença de fls. 60-62, julgou a ação procedente, entendendo ter havido reconhecimento tácito da alegação inicial pela ré, que atendeu, espontaneamente, o pedido formulado na petição inicial. Condenou a promovida ao pagamento de custas processuais e honorários de sucumbência no valor de 10% do valor da causa.

O promovente, apesar de vencedor, interpôs recurso de apelação às fls. 64-65, pleiteando a reforma da sentença no tocante a dois aspectos: a) para majorar o valor dos honorários de sucumbência, arbitrados em 10% sobre o valor da causa (atribuída pelo próprio recorrente em R\$ 500,00) para cinco salários mínimos; b) para que as custas processuais nas quais a promovida foi condenada sejam atualizadas.

Contrarrazões de apelação às fls. 70-72, pedindo a manutenção da sentença em seus inteiros termos.

Os autos foram distribuídos ao Exmo. Des. Raimundo Bastos de Oliveira em 22/03/1999, o qual em razão de sua aposentadoria foi redistribuído para o Des. José Arísio Lopes da Costa em 30/10/2000 e, em razão de permuta e da Portaria 924/2006 foi encaminhado para a relatoria da Desa. Maria Celeste Thomaz de Aragão em 07/12/2006, novamente redistribuído para a Desa. Vera Lúcia Correia Lima (20/08/2009).

Por último, o processo foi redistribuído a esta magistrada por força do despacho de fls. 105, que ordenou a redistribuição dos autos à 6ª Câmara Cível, estando concluso desde 28/01/2010.

É, no essencial, o relato.

VOTO

O caso dos autos é um exemplo perfeito de como a sociedade brasileira pode contribuir de forma decisiva com a morosidade e o descrédito do Poder Judiciário.

Trata-se de uma briga de vizinhos, primeira hipótese que vem à cabeça de qualquer pessoa que pense em conflito de interesses levado ao conhecimento do Judiciário que poderia ser solucionado sem a participação do Estado. Afinal, as brigas de vizinhos, normais em qualquer lugar do mundo são litígios que, em regra, não demandam mais do que boa educação e capacidade de negociar para serem solucionadas. Não deveriam vir ao Poder Judiciário, a menos que adquirissem alto grau de litigiosidade, em função do valor econômico envolvido, ameaça de cometimento de crime ou outro motivo relevante. Diz um antigo brocardo jurídico que *minimis non curat praetor* (o pretor não cuida de ninharias), sustentando que a máquina estatal criada para solucionar os litígios não deve ser acionada para resolver futilidades, sob pena de impedir que as questões realmente importantes sejam julgadas com a atenção necessária e celeridade imperativa. Esta magistrada concorda com o antigo, mas atualíssimo, ensinamento.

No caso dos autos, a briga de vizinhos trazida à porta da Justiça fora resolvida por pessoa, a princípio, desinteressada no feito, que de forma elegante e altruísta deu sua parcela de contribuição para dar fim ao litígio, pondo fim ao motivo que deu ensejo à ação. Foi o que se observou quando o ex-advogado da ré se propôs a construir uma rampa para nivelar as calçadas do recorrente e da recorrida (fls. 41-44).

Por esta razão, o MM. Juiz sentenciante pôs fim à lide em primeiro grau, julgando procedente a ação com esteio no art. 269, II do CPC (reconhecimento, pelo réu, do direito vindicado pelo autor), o que parecia ter encerrado a pretensão do autor, que já era de pequena monta.

Surpreendentemente, mesmo saindo vencedor da ação, o promovente aforou recurso de apelação. Conseguiu, ao fazê-lo, diminuir ainda mais a já minúscula relevância do processo, uma vez que a irresignação se limita à atualização monetária da condenação da recorrida ao pagamento das custas processuais adiantadas e ao valor dos honorários do advogado vencedor.

Não merece acolhida, todavia, o recurso sob análise.

Com efeito, a pretendida atualização monetária das custas processuais é de tal sorte irrelevante que sequer merece ser analisada. É possível visualizar, às fls. 06, que o valor das custas processuais adiantadas pelo autor, ora recorrente, foi de apenas R\$ 18,90 (dezoito reais e noventa centavos), montante este cuja restituição já foi ordenada pelo juízo monocrático. O que o apelante pretende é, tão-somente, a atualização monetária da importância.

Tal atualização certamente constitui verba tão pequena quanto, ou

menor, que o valor principal, o que revela ser o interesse perseguido tão pequeno que não comporta discussão perante o Poder Judiciário. Já têm decidido outros tribunais que quando o custo para movimentar a máquina judiciária é maior do que a importância propriamente perseguida, deve o processo ser extinto sem análise de mérito. Vejamos:

“PROCESSUAL CIVIL - EXECUÇÃO FISCAL - AUTARQUIA - VALOR IRRISÓRIO - IMPOSSIBILIDADE DE EXTINÇÃO DA EXECUÇÃO - MEDIDA PROVISÓRIA Nº 1.542-24.

1. Não se justifica a movimentação do aparelho judiciário para a satisfação de crédito no valor ínfimo.
2. Arquivam-se os autos, sem baixa na distribuição, quando o valor executado é inferior a 100 (cem) Unidades Fiscais de Referência (Precedentes da Casa).
3. Apelo e remessa, tida por interposta, parcialmente providos.”
(TRF-1ª Região, acórdão unânime da Quarta Turma, na Apel. Cível nº 1000954700, de 15/06/1999, relator JUIZ HILTON QUEIROZ, publicado no DJ 15.10.99, fl. 617.)

PROCESSUAL CIVIL. EXTINÇÃO DO PROCESSO SEM JULGAMENTO DO MÉRITO ART. 267, I c/c 295, II do CPC. BAIXO VALOR DA DÍVIDA.

- Extinção do processo sem julgamento de mérito, nos termos do art. 267, I, c/c 295, III do CPC, tendo em vista o baixo valor da dívida.
- Quando o valor pleiteado for inferior ao valor despendido para a sua cobrança, deve o processo de execução ser extinto.
- Recurso improvido. (TRF-2ª Região, Apelação Cível nº 1997.50.01.000165-2/ES. Rel. Dês. Sergio Feltrin Correa. Julgamento em 28/04/2004).

Neste tocante, pois, a apelação não merece sequer ser conhecida. Quanto aos honorários advocatícios, também não há qualquer razão

a assistir ao apelante. Com efeito, apesar de o art. 20, § 4º do CPC permitir ao juiz fixar honorários advocatícios de forma equitativa quando a causa for de pequeno valor, o que justificaria valor maior que a regra (10 a 20% do valor da causa, segundo o § 3º do mesmo art. 20), tal norma preceitua também que o juiz atenderá a três requisitos: a) grau de zelo do advogado; b) lugar da prestação do serviço; e c) natureza e importância da causa, trabalho realizado pelo advogado e o tempo exigido para o serviço.

No caso dos autos, o recorrente pretende que a verba honorária seja majorada para cinco salários mínimos, valor incompatível com a pequenez da causa, acima detalhada, nem com o zelo demonstrado pelo advogado, insuficiente para alterar o valor deferido na sentença. Em verdade, o patrono do recorrente deveria, isso sim, velar pela harmonia social e evitar a manutenção de ações como a presente no Poder Judiciário, o que, aliás, se constitui em dever ético do advogado, exposto no art. 2º, parágrafo único, inciso VI do Código de Ética e Disciplina da OAB:

Art. 2º (...)

Parágrafo único. São deveres do advogado:

(...)

VI - estimular a conciliação entre os litigantes, prevenindo, sempre que possível, a instauração de litígios;

Por fim, há que se considerar que a presente causa tramitou em comarca de pequeno tamanho, com poucos habitantes, e não teve maior complexidade, de sorte que também sob este prisma não há razão para aumento da verba honorária.

Não merece, portanto, o recurso ser provido quanto à pretensão de aumento da referida verba, ante a inexistência de motivos que lho justifiquem.

Pelas razões expostas, conheço parcialmente do recurso, e na parte conhecida, nego-lhe provimento.

É como voto.

Fortaleza, 24 de março de 2010.

Agravo de Instrumento

AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 2001.0000.3748-5
AGRAVANTES: EDMILSON FRANCISCO DA SILVA E OUTROS
AGRAVADO: ANA CRISTINA SAMPAIO RIBEIRO
ORIGEM: 18ª VARA CÍVEL DA COMARCA DE FORTALEZA
RELATOR: DES. ADEMAR MENDES BEZERRA

EMENTA: PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO DE REINTEGRAÇÃO DE POSSE. DEFERIMENTO DE MANDADO LIMINAR *INITIO LITIS*.

- A LIMINAR EM AÇÕES POSSESSÓRIAS SÓ DEVE SER DEFERIDA SE A PETIÇÃO FOR DEVIDAMENTE INSTRUÍDA E DEMONSTRAR DE PLANO, SER A AUTORA A DETENTORA DA MELHOR POSSE, O QUE NÃO OCORREU NO PRESENTE CASO.

- A DECISÃO JUDICIAL PODE SER SUCINTAMENTE FUNDAMENTADA, SEM COM ISSO, AGREDIR A PRECEITO CONSTITUCIONAL INSERTO NO ART. 93, IX-CF/88.

- AGRAVO CONHECIDO E PROVIDO.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de Agravo de Instrumento nº. 2001.0000.3784-5/0, em que figuram as partes acima referidas, acordam os Senhores Desembargadores integrantes da Turma Julgadora da Segunda Câmara Cível do egrégio Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, por unanimidade, em conhecer do recurso e lhe dar provimento, nos termos do voto do Relator.

Fortaleza-CE, 29 de abril 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 18ª Vara Cível desta comarca que, nos autos da ação de Reintegração de Posse, nº. 2000.02.38821-9, (nº atual 2000.0110.4853-1/) concedeu medida liminar para reintegrar imediatamente a autora/agravada no imóvel, objeto da aludida ação.

Alegam os agravantes que a decisão merece ser reformada pelas seguintes razões: a) foi concedida sem a devida fundamentação, o que impõe a declaração de sua nulidade; b) que não ficou provado o esbulho de menos de ano e dia, a teor do art. 924, do Código de Processo Civil; e c) afirma que a alegação de domínio não é suficiente para a concessão de liminar possessória.

Requerem, ao final, a concessão do pedido de efeito suspensivo e, no mérito, o seu provimento para reformar a decisão agravada.

Recebido o agravo, foram solicitadas as informações e contra-razões, tendo sido prestadas tão-só as primeiras, como se vê às fls. 34/38 dos autos. De posse dessa documentação, o Relator, à época, denegou o efeito suspensivo requerido.

O representante ministerial entendeu que não é necessária a sua manifestação, a teor do art. 82, do CPC, visto que o caso não se enquadra em nenhuma das hipóteses ali elencadas.

É o relatório.

VOTO

Os agravantes insurgem-se contra decisão do juiz de primeiro grau que deferiu medida liminar reintegratória, aduzindo que os recorridos não levaram aos autos da ação originária a prova da ocorrência de esbulho, nem qualquer dos elementos contidos no art. 927, do Código de Processo Civil, como a prova da posse, data do esbulho etc, alegando, por outro lado, que a decisão é nula, visto não ter sido fundamentada, como proclama o art. 93, IX, da Constituição Federal.

Efetivamente, a posse, no Direito brasileiro, é instituto possuidor de proteção legal. Não somente a posse efetiva, mas principalmente a aparência de posse. Assim, aquele que demonstrar que exerce sobre a coisa qualquer poder inerente ao domínio, é juridicamente protegido, até que se prove não ser ele o verdadeiro titular desse direito.

Assim, nas palavras de Venosa¹ :

“Ius possessionis é o direito fundado no fato da posse, nesse aspecto externo. O possuidor, nesse caso, pode não ser o proprietário, não obstante essa aparência encontre proteção jurídica, pelos motivos até agora cogitados. Essa é uma das razões pelas quais nosso Código estatui: ‘considera-se possuidor todo aquele que tem de fato o exercício, pleno ou não, de algum dos poderes inerentes ao domínio, ou propriedade’ (art. 1.196; antigo, art. 485). Além de a posse, a princípio, merecer proteção por si mesma, ela é base de um direito”.

Na defesa da posse, o Código de Ritos estabelece, para as ações possessórias, o procedimento sumário no combate ao esbulho ou turbação, desde que os mesmos tenham ocorrido dentro de ano e dia. Dessa forma, dispõem os arts. 926 e 927, ambos do aludido código:

Art. 926. O possuidor tem direito a ser mantido na posse em caso de turbação e reintegrado no de esbulho.

Art. 927. Incumbe ao autor provar:

I – a sua posse;

II- a turbação ou o esbulho praticado pelo réu;

III- a data da turbação ou do esbulho;

IV- a continuação da posse, embora turbada, na ação de manutenção; a perda da posse, na ação de reintegração.

Por outro lado, como ação de caráter diferenciado das ações de rito ordinário, o Art. 928, do Código de Processo Civil, define a possibilidade de concessão de liminar, como se vê a seguir:

Art. 928. Estando a petição inicial devidamente instruída, o juiz deferirá, sem ouvir o réu, a expedição do mandado liminar de manutenção ou de reintegração; no caso contrário, determinará que o autor justifique previamente o alegado, citando-se o réu para comparecer à audiência que for designada.

Não discrepam os tribunais pátrios sobre este entendimento, conforme jurisprudência a seguir delineada:

“PROCESSO CIVIL - AGRAVO DE INSTRUMENTO - REINTEGRAÇÃO DE POSSE - DEFERIMENTO DE LIMINAR “INAUDITA ALTERA PARTE” - REQUISITOS PREENCHIDOS - MANUTENÇÃO DA DECISÃO IMPUGNADA.

1. Para o deferimento de liminar “inaudita altera parte” em ação de reintegração de posse, impõe-se prova inequívoca dos requisitos previstos no artigo 927 do Código de Processo Civil. (...)” (20060020075808AGI, Relator HUMBERTO ADJUTO ULHÔA, 3ª Turma Cível, julgado em 30/08/2006, DJ 05/10/2006 p. 78)

“AGRAVO DE INSTRUMENTO. REINTEGRAÇÃO DE POSSE. LIMINAR. REQUISITOS. AUSÊNCIA. INDEFERIMENTO. AGRAVO DESPROVIDO.

1 - Para deferimento da medida liminar de reintegração de posse faz-se imperioso que estejam preenchidos os requisitos insertos no art. 927 do Código de Processo Civil, quais sejam, a prova da posse, o esbulho praticado pelo réu, a data do esbulho e a perda da posse. (...)” (20050020014140AGI, Relator NÍVIO GONÇALVES, 1ª Turma Cível, julgado em 08/08/2005, DJ 06/09/2005 p. 94)

EMENTA: PROCESSUAL CIVIL - AGRAVO DE INSTRUMENTO - POSSESSÓRIA - CONCESSÃO DE MEDIDA LIMINAR - PREVISIBILIDADE LEGAL - CONFIRMAÇÃO.

1. A Lei outorga ao Juiz poderes discricionários para conceder medida liminar possessória *initio litis*, com ou sem prévia audiência de justificação, bastando, para tanto, que se convença da presença dos requisitos ínsitos no art. 927 do Cód. de Proc. Civil.

2. Estando a decisão agravada devidamente motivada, não vislumbro a possibilidade de prosperar a reforma perseguida, máxime diante de argumentação desnuda de fomento jurídico.

3. Recurso conhecido, porém improvido. (Processo: 2007.0032.7169-0/0. Agravo de Instrumento; data do julgamento: 05.11.2008).

No caso presente, verifica-se, entretanto, que a autora da ação reintegratória não levou elementos suficientes para provar ser ela a efetiva possuidora do terreno em questão. Embora tenha alegado ser proprietária do mesmo, não juntou qualquer documento nesse sentido. Ainda assim, não é a prova da propriedade que lhe dá, de plano, a certeza de ser possuidora. Como afirmado antes, para a concessão de liminar em ações possessórias, deve-se levar em conta quem demonstra melhor a aparência de que exerce a posse.

Ainda nas palavras de Venosa²:

“A proteção possessória de per si já é provisória. A medida liminar é provisoriedade no processo, que pode ser mantida ou não na sentença. Ultrapassado o prazo de ano e dia, a ação continuará a ser possessória, mas pelo procedimento comum. Não haverá possibilidade de deferimento da liminar, nem o processo se transformará em pleito petitorio.”

Dessa maneira, não poderia o magistrado de origem ter concedido a liminar da forma como o fez, já que, naquele momento processual, não foi devidamente mostrado pela autora/agravada ter ela a melhor posse.

Quanto à questão de falta de fundamentação da decisão, a mesma não merece acolhida. O art. 165, da lei adjetiva afirma a necessidade de fundamentação, porém, para as decisões interlocutórias, a mesma pode ser dada de forma concisa.

Os tribunais pátrios manifestam-se, acerca dessa matéria, no sentido de confirmar a necessidade de fundamentação, a teor do art. 93, IX, bem como dos art. 165 e 458, ambos da lei adjetiva, mesmo que de forma sucinta, como se percebe dos arestos abaixo colacionados:

PROCESSO CIVIL. RECURSO ESPECIAL. PROCESSO DE EXECUÇÃO. PENHORA SOBRE O FATURAMENTO. REQUISITOS.

- A nulidade só alcança decisões ausentes de motivação, não aquelas com fundamentação sucinta, mormente quando possibilita o amplo direito de defesa por parte daquele que se sentiu prejudicado.

- O cânone hermenêutico da totalidade faz com que a interpretação da decisão judicial seja feita como um todo em si mesmo coerente, e não a partir de simples frases ou trechos isolados.

...

- Recurso Especial parcialmente provido. (REsp 782901 / SP RECURSO ESPECIAL 2005/0143338-5; Relator: Ministra NANCY ANDRIGHI (1118); Órgão Julgador: T3 - TERCEIRA TURMA; Data do Julgamento: 27/05/2008; Data da Publicação/

Fonte: DJe 20/06/2008);

AGRAVO DE INSTRUMENTO - AÇÃO REVISIONAL DE CONTRATO CUMULADA COM PEDIDO DE CONSIGNAÇÃO - FUNDAMENTAÇÃO SUCINTA - NULIDADE AFASTADA.

1. A MOTIVAÇÃO SUCINTA NÃO SE CONFUNDE COM A FALTA DE FUNDAMENTAÇÃO. PRELIMINAR DE NULIDADE DA DECISÃO AFASTADA.

2. A JURISPRUDÊNCIA É PACÍFICA QUANTO À POSSIBILIDADE DE SEREM DISCUTIDAS NA AÇÃO CONSIGNATÓRIA, QUESTÕES RELATIVAS AO VALOR DO DÉBITO E À VALIDADE DAS CLÁUSULAS DE CONTRATO TIDO POR ABUSIVAS. PRELIMINAR DE INÉPCIA DA INICIAL AFASTADA.

3. O CÓDIGO CIVIL, NO ART. 304, DISPÕE QUE QUALQUER INTERESSADO NA EXTINÇÃO DA DÍVIDA PODE PAGÁ-LA, USANDO, SE O CREDOR OPUSER-SE, OS MEIOS CONDUCENTES À EXONERAÇÃO DO DEVEDOR. SATISFEITA A OBRIGAÇÃO, HAVERÁ A EXTINÇÃO. O DEVEDOR PODE PEDIR A CONSIGNAÇÃO DAQUILO QUE ENTENDE SER DEVIDO.

4. AGRAVO IMPROVIDO. (Classe do Processo: 20060020132881AGI; Registro do Acórdão Número : 308503; Data de Julgamento : 17/01/2007; Órgão Julgador : 6ª Turma Cível; Relator : SANDRA DE SANTIS; Publicação no DJU: 11/06/2008 Pág. : 61; (até 31/12/1993 na Seção 2, a partir de 01/01/1994 na Seção 3) (sem grifos no original);

Forte em tais razões, conheço o agravo de instrumento por ser tempestivo e lhe dou provimento, no sentido de anular a liminar dada, *initio litis*, na ação de reintegração de posse.

É como voto.

Fortaleza, 29 de abril de 2009.

¹ VENOSA, Sílvio de Salvo. Direito Civil. V. Direitos Reais. 7ª edição. São Paulo. Atlas, 2007, pág. 28.

² Ibidem, pág. 124.

AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 2003.0007.7157-6
AGRAVANTE: USINA MANOEL COSTA FILHO S/A
AGRAVADO: COLÉGIO NOSSA SENHORA DE FÁTIMA
ORIGEM: 1ª VARA DA COMARCA DE BARBALHA
RELATOR: DES. ADEMAR MENDES BEZERRA

EMENTA: PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. EXECUÇÃO. PENHORA. PRINCÍPIOS DO RESULTADO E DA MENOR ONEROSIDADE DO DEVEDOR.

- A EXECUÇÃO OBJETIVA À SATISFAÇÃO PLENA DO EXEQUENTE, LEVANDO-SE SEMPRE EM CONTA O PRINCÍPIO DA MENOR ONEROSIDADE EM FACE DO DEVEDOR, A TEOR DO ART. 620, DO CPC.
- É CABÍVEL A PENHORA SOBRE PARTE DA PRODUÇÃO DA EMPRESA, SEM QUE OFENDA AO PRINCÍPIO DA MENOR ONEROSIDADE, DESDE QUE COMPROVADA A BUSCA INFRUTÍFERA DE OUTROS BENS OU DIREITOS PARA A REALIZAÇÃO DA CONSTRUÇÃO.
- AGRAVO CONHECIDO, MAS IMPROVIDO.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de agravo de instrumento nº. 2003.0007.7157-6/0, 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, mas lhe negar provimento, nos termos do voto do relator.

Fortaleza, 29 de abril de 2009.

RELATÓRIO

Cuida-se de Agravo de Instrumento com pedido de efeito suspensivo, ajuizado contra decisão proferida pelo MM Juiz da 1ª Vara da comarca de Barbalha que, nos autos da ação de Execução, nº. 2000.0174.0997-8, concedeu pedido de penhora feita sobre a produção de açúcar da Usina.

Afirma o agravante que o açúcar penhorado constitui a única renda disponível para fazer face às despesas de sua atividade industrial. Aduz que a penhora deve ser feita de maneira a ser o menos onerosa possível ao devedor, colacionando jurisprudência a seu favor. Por outro lado, esclarece que o açúcar é matéria perecível sujeita a se decompor rapidamente.

Requer, ao final, o deferimento do pedido de efeito suspensivo e, no mérito, o provimento deste recurso para decretar a nulidade da decisão agravada.

Recebido o agravo, foram solicitadas as informações e contra-razões, sendo prestadas tão-só as primeiras, como se vê às fls. 117/118 dos autos. Após, foi denegada a suspensividade.

É o relatório.

VOTO

O objetivo de qualquer execução é a realização de um direito do credor não adimplido. Como qualquer instituto jurídico possui princípios que lhes dá as características essenciais. Entre esses estão os do resultado e o da menor onerosidade da execução.

Infere-se do primeiro que toda e qualquer execução tem como meta a satisfação plena do crédito do exequente.

Assim, nas palavras de Dinamarco¹ :

“Em qualquer de suas modalidades, a execução promovida pelo Estado-juiz visa a oferecer a um credor, concreta e efetivamente, o benefício consistente na satisfação de seu direito. Nisso consiste a tutela jurisdicional executiva, Esse resultado deve ser precisamente o mesmo que o credor haveria obtido se, no giro comum de sua vida e negócios, o devedor houvesse adimplido segundo a lei e o contrato, sem a necessidade de qualquer intercessão judiciária.

...

a execução forçada tem desfecho único, porque ou produz uma tutela jurisdicional ao exequente (entrega do bem, satisfação do direito) ou se frustra e não produz tutela plena a qualquer das partes (casos de extinção por motivos de ordem processual). ”

Já o segundo princípio indica que, havendo vários meios à disposição, será escolhido o que menos onerar o devedor e está claramente expresso no art. 620, do código de Processo Civil, a saber:

Art. 620. Quando por vários meios o credor puder promover a execução, o juiz mandará que se faça pelo modo menos gravoso para o devedor.

Esse comando, entretanto, deve ser bem analisado. Na medida em que existem diversas modalidades de realização executiva, todas efetivas, o juiz indicará a que menos afetar ao devedor. Entretanto, havendo somente uma maneira, essa será a escolhida, caso contrário, seria criar condições para a ineficácia do processo executivo.

Assim, a execução deve buscar um equilíbrio entre a necessidade de atender completamente à demanda do exequente, levando em conta, por outro lado, a necessidade de sacrificar da forma menos gravosa o devedor.

Jurisprudência e doutrina são unânimes em afirmar que, no processo de execução deve-se levar em conta ambos os princípios, sem descuidar, no entanto, de objetivo principal da Execução, como se vê a seguir:

Processo civil. Execução fiscal. Medida cautelar fiscal. Revogação. Penhora de bens. Possibilidade. Descumprimento de decisão. Inocorrência.

1. A decretação de indisponibilidade de bens realizada em sede de medida cautelar fiscal não se confunde com a penhora, incidente sobre bens certos e individualizados, destinada à garantia do juízo da execução. Havendo a revogação, pelo tribunal, daquela medida cautelar, nada impede que as penhoras destinadas à garantia do juízo sejam efetivadas no curso das execuções fiscais.

2. O princípio da menor onerosidade do devedor deve ser interpretado em consonância com os demais preceitos normativos que orientam o processo de execução, convindo destacar que o objetivo primordial deste processo é a satisfação do interesse do credor, em prol de quem são realizados os atos materiais de execução.

3. Conquanto haja sérias controvérsias quanto à expressividade pecuniária do ativo imobilizado do agravante, constata-se que já foi determinada a avaliação dos bens constritos, inclusive com nomeação do perito a quem compete elaborá-la.

4. Diante do vultoso valor executado, e da aparente situação de comprometimento patrimonial dos agravantes, é mais prudente manter-se a penhora nos moldes determinados pelo juízo *a quo*, ressaltando aos executados o direito à redução da penhora caso venha a se mostrar excessivo o montante dos bens constritos (art. 685, I, do código de processo civil).

5. Agravo de instrumento desprovido. (AGTR - Agravo de Instrumento; 2005.05.00.010497-8; Desembargador Federal FRANCISCO WILDO; data do julgamento: 25/08/2005; Tribunal Regional Federal - 5ª Região);

Execução fiscal. Penhora sobre o faturamento bruto de sociedade cooperativa. Possibilidade. Reunião de executivos fiscais envolvendo as mesmas partes. Faculdade do julgador.

1. É cabível a penhora sobre o faturamento bruto de sociedade cooperativa, sem ofensa ao princípio da menor onerosidade da execução, desde que preenchidos os requisitos legais. Precedente do STJ.

2. Hipótese em que foram cumpridas as condições para a decretação da medida, em especial o esgotamento das possibilidades de localização de outros bens penhoráveis pertencentes à executada.

3. A reunião de execuções fiscais, com fundamento no art. 28 da lei n.º 6.830/80 não é uma obrigação legal, mas tão-somente uma faculdade do julgador. Entendimento pacificado no STJ.

4. Agravo de instrumento não-provido. (Tribunal Regional Federal - 5ª Região; AGTR - Agravo de Instrumento; 2007.05.00.005383; Desembargador Federal Emiliano Zapata Leitão (Substituto); data de julgamento: 29.01.2009).

No caso deste agravo, o recorrente se insurge contra decisão do juiz de origem que penhorou uma parcela da produção de açúcar da empresa, afirmando que a mesma é necessária para o desenvolvimento das atividades da empresa. Ocorre, porém, que, do que consta dos autos da ação principal, interposto em 08.10.2000, o exequente requereu a aludida penhora depois de uma longa caminhada em que não foram encontrados outros bens ou valores que pudessem garantir a execução. É certo que, para esse tipo de constrição, em que se atinge o produto da empresa, deve-se ter em mente que o mesmo não pode se dar a ponto de comprometer o funcionamento da última. Mas, não trouxe o agravante aos autos qualquer elemento que demonstrasse ter sido excessiva tal penhora.

É de se entender, então, não ter havido qualquer abuso da parte exequente em requerer tal constrição, como também não teve, o juiz *a quo*, outra opção a não ser realizar tal medida, já que a penhora somente se deu dessa forma pela impossibilidade de outra que fosse menos prejudicial ao executado.

Diante do exposto, sou pelo conhecimento do presente recurso, por tempestivo e próprio, mas pelo seu improvimento.

É como voto.

Fortaleza, 29 de abril de 2009.

¹ DINAMARCO, Cândido Rangel. Instituições de Direito Processual Civil, vol. IV; São Paulo, Editora Malheiros, 2004.

Nº PROCESSO: 2007.0001.9629-9/0

TIPO DO PROCESSO: AGRAVO DE INSTRUMENTO

COMARCA: FORTALEZA

PARTES:

AGRAVANTE: BANCO BMC S.A.

AGRAVADA: L.M. DESENVOLVIMENTO IMOBILIÁRIO LTDA.

RELATOR: DES. ERNANI BARREIRA PORTO

EMENTA: DIREITO EMPRESARIAL – RECUPERAÇÃO JUDICIAL – QUESTIONAMENTO ACERCA DA SUBMISSÃO DE DETERMINADO CRÉDITO AO PLANO DE RECUPERAÇÃO – IMPUGNAÇÃO – DESCABIMENTO – NECESSIDADE DE FORMULAÇÃO DE OBJEÇÃO – PARTICIPAÇÃO DA ASSEMBLÉIA DE CREDORES – RENÚNCIA EXPRESSA – SUBMISSÃO À ASSEMBLÉIA.

1. O PLEITO DO BANCO AGRAVANTE DE NÃO SUJEITAR SEU CRÉDITO AO PROCEDIMENTO DE RECUPERAÇÃO JUDICIAL NÃO DIZ RESPEITO A AUSÊNCIA, A LEGITIMIDADE, A IMPORTÂNCIA OU A CLASSIFICAÇÃO DO CRÉDITO, MAS SIM A SUA PERTINÊNCIA AO PROCEDIMENTO DE RECUPERAÇÃO, DEVENDO SER ATACADO, PORTANTO, ATRAVÉS DO INCIDENTE DE OBJEÇÃO.

2. COM EFEITO, ALEGAR QUE A CESSÃO FIDUCIÁRIA DE DIREITOS NÃO SE SUBMETE AO PROCEDIMENTO DE RECUPERAÇÃO É MATÉRIA VISIVELMENTE AFETA AO PLANO DE RECUPERAÇÃO JUDICIAL EM SI, DEVENDO SER DISCUTIDA ATRAVÉS DA OBJEÇÃO E NÃO DA IMPUGNAÇÃO. NÃO SE TRATA DE CLASSIFICAR O CRÉDITO, POIS ESTE SERIA CLASSIFICADO COMO PORTADOR DE GARANTIA REAL, MAS DE VERIFICAR SE TAL CRÉDITO PERTENCE OU NÃO AO ROL DOS AFETADOS PELO PLANO DE RECUPERAÇÃO.

3. AO RESOLVER PARTICIPAR DA ASSEMBLÉIA DE CREDORES ASSINANDO, INCLUSIVE, A ATA DE DELIBERAÇÃO NA QUAL RESTOU APROVADO O PLANO DE RECUPERAÇÃO JUDICIAL, A AGRAVANTE ABRIU MÃO, DE FORMA EXPRESSA, DE QUALQUER MEIO QUE PUDESSE DISPOR PARA NÃO SE SUJEITAR AO REFERIDO PLANO. A RECORRENTE SUJEITOU-SE POR DECISÃO PRÓPRIA, LIVRE E EFICAZ À DECISÃO DA ASSEMBLÉIA, DEIXANDO DE LADO QUALQUER DIREITO PATRIMONIAL DISPONÍVEL, COMO É O CASO DA GARANTIA FIDUCIÁRIA.
RECURSO APELATÓRIO CONHECIDO E IMPROVIDO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento, em que é agravante BANCO BMC S.A. e agravada L.M. DESENVOLVIMENTO IMOBILIÁRIO LTDA,

ACORDAM os Desembargadores integrantes da 1ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, por unanimidade, em conhecer do recurso para negar-lhe provimento, nos termos do voto eminente Des. Relator.

Trata-se de Agravo de Instrumento interposto por BANCO BMC S.A. contra L.M. DESENVOLVIMENTO IMOBILIÁRIO LTDA., por não haver se resignado com decisão proferida pelo MM. Juiz de Direito da 1ª Vara de Falência e Concordata da Comarca de Fortaleza, proferida em sede de ação de impugnação de crédito, originária da ação de recuperação judicial da agravada.

A decisão vergastada julgou improcedente a ação de impugnação de crédito movida pela instituição financeira agravante com o escopo de obter tutela jurisdicional no sentido de declarar que seus créditos, garantidos por alienação fiduciária, não estariam sujeitos aos efeitos da Recuperação Judicial sofrida pela agravada.

Em prol de seus intentos recursais, aduz o banco recorrente, em síntese, que a alienação fiduciária contratada é garantia lícita, respaldada pelo ordenamento jurídico pátrio, tendo, assim, o condão de não se submeter aos efeitos da Recuperação Judicial, com espeque no §3º do art. 3º da Nova Lei de Falências.

Infere, ainda, a ocorrência de julgamento *ultra petita*, sem, contudo, materializar qualquer pleito específico sobre tal fato.

Pugna, portanto, unicamente, pelo reconhecimento de que os créditos

pertencentes ao Banco BMC S.A. não estão sujeitos aos efeitos da Recuperação Judicial em tablado.

Contra-razões ofertadas às fls. 111/124.

Informações prestadas pelo eminente magistrado singular às fls. 99/104 e complementadas às fls. 164/171, diante de requerimento desta relatoria.

É O RELATO.

DECIDO.

Conforme se divisa dos fólios processuais, a Instituição Financeira agravante firmou com a empresa agravada Cédula de Crédito Comercial, emitida em 20 de junho de 2004, com vencimento em 28 de janeiro de 2005, no valor de R\$ 1.000.000,00 (um milhão de reais).

Para assegurar o cumprimento das obrigações procedeu-se à efetivação de garantia hipotecária de dois imóveis, além da cessão fiduciária dos direitos creditórios derivados das “promessas de compra e venda” de unidades integrantes do Condomínio Pátio Dom Luís.

Em 30 de maio de 2005, diante do inadimplemento das obrigações contratadas preteritamente, as mesmas partes celebraram Instrumento Particular de Consolidação, Confissão e Renegociação de Dívida (fls. 51/56), modificado posteriormente através de aditivo celebrado em 17 de outubro de 2005 (fls. 57/59), garantido através de cessão fiduciária de direitos creditórios decorrentes da comercialização de unidades integrantes do Condomínio Pátio Dom Luis e Condomínio Jardins de Capri, conforme a cláusula terceira do mencionado aditivo.

Aflui que, em 24 de novembro de 2005, pouco mais de um mês após a celebração da referida cessão fiduciária, foi protocolado pedido de Recuperação Judicial da agravada, que, devidamente processado, culminou com a elaboração de Plano de Recuperação Judicial.

Em 14 de agosto de 2006, foi publicado edital, com a relação de credores da recorrida, dando início ao prazo de 10 (dez) dias para a apresentação de impugnações, nos termos do art. 8º da Lei nº 11.101/05, que impõe:

Art. 8º No prazo de 10 (dez) dias, contados da publicação da relação referida no art. 7º, §2º, desta Lei, o Comitê, qualquer credor, o devedor ou seus sócios ou o Ministério Público podem apresentar ao Juiz impugnação contra a relação de credores, apontando a ausência de qualquer crédito ou manifestando-se contra a legitimidade, importância ou classificação de crédito relacionado.

O mesmo evento, qual seja, a publicação da relação de credores, estabeleceu, também, o enceto do lapso temporal para a interposição de objeção ao Plano de Recuperação Judicial, de acordo com o art. 55 da Lei de Falências, nos seguintes termos:

Art. 55 Qualquer credor poderá manifestar ao juiz sua objeção ao plano de recuperação judicial no prazo de 30 (trinta) dias contado da publicação da relação de credores de que trata o §2º do art. 7º desta Lei.

É axiomático que, ao estabelecer os incidentes de impugnação e de objeção, o legislador pátrio criou institutos diferenciados, possuindo, cada um deles, adequação e pertinência próprias.

A impugnação, de acordo com o art. 8º da Lei nº 11.101/05, visa atacar a ausência, a legitimidade, a importância ou classificação de crédito relacionado, já a objeção tem como escopo questionar qualquer aspecto atinente ao plano de recuperação judicial, de forma ampla.

Eis que o pleito do banco agravante de não sujeitar seu crédito ao procedimento de Recuperação Judicial não diz respeito a ausência, a legitimidade, a importância ou a classificação do crédito, mas sim a sua pertinência ao procedimento de Recuperação. (art. 8º LRE)

Com efeito, alegar que a cessão fiduciária de direitos não se submete ao procedimento de recuperação é matéria visivelmente afeta ao Plano de Recuperação Judicial em si, devendo ser discutida através da objeção e não da impugnação. Não se trata de classificar o crédito, pois este seria classificado como portador de garantia real, mas de verificar se tal crédito pertence ou não ao rol dos afetados pelo Plano de Recuperação.

O consagrado comercialista FÁBIO ULHOA COELHO, ao dissertar sobre a impugnação de crédito afirma categoricamente que:

É este o instrumento processual adequado para aduzir judicialmente a pretensão de ingressar no quadro de credores ou ver o valor do crédito ou sua classificação alterados. (Comentários à nova lei de falências e de recuperação de empresas, São Paulo, Saraiva, 2005).

Portanto, a retirada de crédito do procedimento de Recuperação Judicial não poderá ser requestada pela impugnação, mas tão somente pelo procedimento da objeção. (art. 55 LRE)

Não há neste momento que se cogitar de lançar mão do princípio da fungibilidade dos atos processuais, para o recebimento da impugnação como objeção, uma vez que, apesar de parecerem, a uma primeira leitura, institutos semelhantes, os dois guardam profunda dissonância quanto ao seu processamento e órgão julgador.

A impugnação, regulada pelos arts. 13 a 15 da Lei 11.101/05, é decidida, em primeira instância, pelo próprio magistrado singular, conforme se depreende do mencionado Art. 15, que impõe:

Art. 15 Transcorridos os prazos previstos nos arts. 11 e 12 desta Lei, os autos de impugnação serão conclusos ao juiz, que:

I – determinará a inclusão no quadro-geral de credores das habilitações de créditos não impugnadas, no valor constante da relação referida no § 2º do art. 7º desta Lei;

II – julgará as impugnações que entender suficientemente esclarecidas pelas alegações e provas apresentadas pelas partes, mencionando, de cada crédito, o valor e a classificação;

III – fixará, em cada uma das restantes impugnações, os aspectos controvertidos e decidirá as questões processuais pendentes;

IV – determinará as provas a serem produzidas, designando audiência de instrução e julgamento, se necessário.

Sobre o procedimento da impugnação leciona FÁBIO ULHOA COELHO:

Aquelas impugnações, em que não se impõe a dilação probatória, são, então, julgadas desde logo. O juiz decide se a relação de credores republicada está correta ou se tem razão o impugnante. Em relação às demais, o juiz fixa os aspectos controvertidos, decide as questões processuais pendentes e determina as provas a serem produzidas (nomeia perito, designa audiência de instrução e julgamento etc.). Concluída a dilação probatória, o juiz julga a impugnação, acolhendo-a ou rejeitando-a. (Comentários à nova lei de falências e de recuperação de empresas, São Paulo, Saraiva, 2005).

Por sua vez, a objeção, nos termos do art. 56 da Lei Falimentar, é decidida pela Assembléia de Credores, cabendo ao magistrado tão somente convocá-la, senão vejamos:

Art. 56 Havendo objeção de qualquer credor ao plano de recuperação judicial, o juiz convocará a assembléia-geral de credores para deliberar sobre o plano de recuperação.

Novamente nos socorreremos no objetivo posicionamento de FÁBIO ULHOA COELHO, que aduz:

Na verdade, não cabe ao juiz apreciar o conteúdo da objeção ou decidi-la. A competência para tanto é de outro órgão da recuperação judicial: a Assembléia de Credores. (Comentários à nova lei de falências e de recuperação de empresas, São Paulo, Saraiva, 2005)

Tal diferenciação de procedimentos guarda inegável pertinência

teleológica e sistemática com toda a vigente disciplina legal, que concede à Assembléia de Credores os mais amplos poderes decisórios, reservando ao magistrado apenas a decisão de questões objetivas e taxativamente reguladas.

Não é outra a opinião do consagrado mestre alencarino JOSÉ ALBERTO RÔLA, que em recente artigo, publicado em periódico local, afirmou:

Na minha opinião, a Assembléia Geral de Credores ressuscitou, - e o fez com toda a garra -, prestigiando, exageradamente, o interesse dos credores, como está na nova Lei da Insolvência Empresarial. É o Pêndulo do sistema, - referido por Comparato -, caindo, agora, sobre a cabeça dos credores, considerados os maiores interessados no processo concursal, como querem alguns.

E após dissecar o tema em brilhante ensaio, arremata o ilustre professor:

De qualquer modo – ninguém pode negar -, temos hoje, na Recuperação ou na Falência, uma forte e soberana Assembléia de Credores. (Jornal O Estado, Fortaleza, 2007).

Como se percebe, as mais relevantes questões relacionadas ao processo de recuperação judicial inserem-se na esfera de competência da Assembléia de Credores. Simplesmente não tramita a recuperação judicial sem a atuação desse colegiado¹.

Sobre o papel secundário do Estado-Juiz na legislação falimentar cumpre destacar o ensinamento de WALDO FAZZIO JÚNIOR, *in verbis*:

O direito da empresa em crise é, na realidade, um conjunto de medidas de natureza econômico-administrativa, acordada entre o agente econômico devedor e seus credores, supervisionadas pelo Estado-Juiz, como expediente preventivo da liquidação. (Nova Lei de Falência e Recuperação de Empresas, São Paulo, Atlas, 2005).

Portanto, de acordo com a doutrina e a sistemática legal pátria ora vigente, é inarredável, que a matéria ventilada pelo recorrente através da impugnação, deveria ter sido manejada através do procedimento de objeção, apreciado pela Assembléia de Credores, por absoluta pertinência temática com o

Plano de Recuperação Judicial e sua abrangência, não se coadunando com o restrito rol da impugnação, que seria idôneo apenas para questionar a inclusão, os valores ou a classificação dos créditos.

Além disso, examinando, apenas por talante científico, o teor do pleito recursal de obtenção da retirada de crédito, garantido por cessão fiduciária, do procedimento recuperatório, ainda assim é evidente a improcedência da súplica *sub oculi*.

Eis que conforme as informações prestadas pelo eminente Magistrado Singular, tem-se que a instituição financeira agravante teve participação ativa na Assembléia de Credores que aprovou, por maioria quase absoluta (98,15%), o Plano de Recuperação Judicial da agravada, que dispunha, à fl. 3484, como condição para o pagamento do Banco BMC S.A. “A QUITAÇÃO DE TODOS OS DÉBITOS DA L.M. COM O BANCO, GERANDO A EXTINÇÃO DA DÍVIDA, SEJA ELA QUAL FOR, FACE A NOVAÇÃO OPERADA COM A APROVAÇÃO DESTE PLANO DE RECUPERAÇÃO JUDICIAL”.

Esta participação é facilmente comprovada através da aposição da assinatura do representante legal do banco agravante, Dr. Maurício Benevides Filho, na ata da Assembléia Geral de Credores, constantes às fls. 253/261, diretamente sobre a insígnia do Banco BMC S.A., e em todas as suas demais folhas, em claro exercício do mandato conferido pela instituição financeira, cuja cópia adormece às fls. 25/27, de onde se extraem os poderes outorgados ao mesmo, dentre os quais destacam-se os poderes de:

Confessar, reconhecer a procedência do pedido, transigir, desistir, renunciar ao direito sobre o qual se funda a ação, receber, dar quitação e firmar compromisso...

Tais poderes foram especialmente destinados, como se observa à fl. 25:

Para defender os interesses do Banco BMC S/A nos autos da Recuperação Judicial da LM DESENVOLVIMENTO IMOBILIÁRIO LTDA., em trâmite perante a 1ª Vara de Falência e Concordata da Comarca de Fortaleza/CE

Sendo assim, estava o Dr. Maurício Benevides Filho, fazendo uso de sua condição de procurador da parte agravante, para os quais possuía os

necessários poderes, conferidos por instrumento absolutamente válido, atribuindo efeitos jurídicos ao ato de aposição da assinatura e aos seus correspondentes efeitos, sendo desnecessário qualquer outra procuração específica, uma vez que a Assembléia Geral de Credores é ato processual inerente ao processo de recuperação judicial e indissociável do mesmo.

Desta feita, ao resolver participar da Assembléia de Credores assinando, inclusive, a ata de deliberação na qual restou aprovado o Plano de Recuperação Judicial, a agravante abriu mão, de forma expressa, de qualquer garantia que pudesse ter de não se sujeitar ao referido plano. A recorrente sujeitou-se por decisão própria, livre e eficaz à decisão da Assembléia, afastando qualquer direito patrimonial disponível, como é o caso da garantia fiduciária, para dar quitação plena à dívida contraída, nos termos das disposições de fl. 31 do plano de recuperação, das quais destaco o subitem 01 do item 7.2.:

7.2. Condições para o pagamento ao banco

Para o pagamento ao Banco BMC, a LM Desenvolvimento Imobiliário coloca as seguintes condições suspensivas:

1. A quitação de todos os débitos da LM com o banco, gerando a extinção da dívida, seja ela qual for, face a novação operada com a aprovação deste plano de recuperação judicial.

Registre-se, ainda, que todos os credores que desaprovaram o plano de recuperação judicial tiveram seus nomes consignados na ata da Assembléia Geral, aonde não se observa qualquer referência ao Banco BMC S.A., que, portanto, aprovou e referendou os efeitos da mesma.

Ora, não pode o banco agravante em determinado momento afirmar que não deve se submeter à assembléia, e em outro momento participar da mesma inclusive assinando sua ata, máxime quando se trata de direito disponível, onde a atitude do credor em se submeter à assembléia gera a ilação absoluta de sua concordância com a deliberação da mesma, até porque a ata não foi assinada com qualquer ressalva ou condição, nem foi apresentada qualquer objeção.

Portanto, a concordância com o plano devidamente aprovado pelo órgão decisório máximo da Recuperação Judicial, manifestada por procurador com poderes específicos para tal é ato jurídico perfeitamente válido que tem o condão de fazer operar, imediatamente, todos os efeitos oriundos de um procedimento recuperatório, tais como a novação de todos os contratos e a quitação das dívidas através da dação em pagamento.

Não há, portanto, qualquer necessidade de se adentrar em tormentosa questão doutrinária e jurisprudencial no que diz respeito à real natureza jurídica da garantia contratada, se de alienação fiduciária ou de penhor, pois independentemente das propriedades jurídicas da garantia, está foi transposta pela livre vontade da parte agravante que, além de não operar o devido incidente de objeção, aprovou o Plano de Recuperação Judicial em Assembléia Geral de Credores.

Ressalte-se, ainda, que a instituição financeira agravante foi beneficiada com o Plano de Recuperação Judicial, tendo a sua dívida quitada mediante dação em pagamento de bem imóvel, não sendo compreensível a atitude da mesma em insistir no recebimento dos valores da comercialização de diversas unidades integrantes dos Condomínios Pátio Dom Luis e Jardins de Capri, o que iria, inquestionavelmente, comprometer a situação dos demais credores da agravada, não contemplados com a dação em pagamento.

Mais que isso, a validação da garantia fiduciária compromete seriamente o sucesso da Recuperação Judicial, malferindo o princípio da preservação da empresa. *A conservação da atividade negocial é o ponto mais delicado do regime jurídico da insolvência. Ao contrário da concepção cirúrgica adotada na extinta LFC, pretende-se, com a LRE, na medida do possível, priorizar a recuperação sobre a liquidação. Só deve ser liquidada a empresa inviável, ou seja, aquela que não comporta uma reorganização eficiente ou não justifica o desejável resgate².*

Logo, não há sequer no presente feito o interesse de agir, uma vez que a dívida da agravada para com a agravante foi quitada através da dação em pagamento de bem imóvel.

Por fim, um derradeiro fato merece ser levado em consideração para uma decisão acertada, justa e principalmente consciente desta colenda Câmara Cível.

Ainda que tivesse a agravante se utilizado do correto procedimento da objeção e mesmo que não houvesse participado da Assembléia de Credores, ainda assim, não poderia este Poder Judiciário deixar de considerar que a onerosa garantia fiduciária em tablado fora contratada pelas partes litigantes, através de aditivo contratual, pouco mais de um mês antes do pedido de Recuperação Judicial da L.M., em ocorrência de conduta ofensiva ao direito dos demais atingidos pela insolvência da recorrida, vedada pelo art. 159 do Código Civil, que impõe:

Art. 159. Serão igualmente anuláveis os contratos onerosos do devedor insolvente, quando a insolvência for notória, ou houver motivo para ser conhecida do outro contratante.

Ecoam as palavras do preclaro e saudoso mestre CLÓVIS BEVILÁQUA, mormente quando trazemos à colação seu lapidar ensinamento, em sua clássica obra (Código Civil Comentado, vol. I. Rio de Janeiro, Livraria Francisco Alves, 1916, p.386), “*Fraude, no sentido em que o termo é empregado pelo Código Civil nesta seção, é todo ato prejudicial ao credor (eventus damni), por tornar o devedor insolvente ou ter sido praticado em estado de insolvência*”.

Nesse mesmo diapasão, o douto LEVENHAGEN consigna que fraude contra credores é aquela onde se usa um “*artifício malicioso visando prejudicar terceiros.*” (Código Civil – Parte Geral, vol. I. São Paulo, Ed. Atlas, 1985, p. 139).

O emérito mestre HUMBERTO THEODORO JÚNIOR nos ensina que: “*Um dos atributos do direito de propriedade é o poder de disposição assegurado ao titular do domínio. Mas o patrimônio do devedor é garantia geral de seus credores; e, por isso, a disponibilidade só pode ser exercitada até onde não lese a segurança dos credores*” (In Processo de Execução. São Paulo, LEUD, 2ª ed., 1975, p. 118).

Diante de todo o exposto, considerando os fundamentos legais e doutrinários esposados, voto pelo conhecimento do presente recurso, para NEGAR-LHE provimento, mantendo a decisão agravada em todos os seus termos, a fim de que todos os créditos resultantes sejam aplicados no estrito cumprimento do Plano de Recuperação até o integral cumprimento dos termos extraídos da Assembléia de Credores realizada no dia 06 de outubro de 2006.

É como voto.

Fortaleza, 02 de julho de 2007.

¹ Fábio Ulhoa Coelho: Curso de Direito Comercial, Volume 3, 5ª Edição, São Paulo, Saraiva, 2005.

² Waldo Fazzio Júnior: Nova Lei de Falência e Recuperação de Empresas, São Paulo, Atlas, 2005.

Ação Direta de Inconstitucionalidade

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE

Nº 2008.0016.0515-8/0, TRIBUNAL PLENO.

REQUERENTE: PROCURADORIA-GERAL DA JUSTIÇA DO ESTADO DO CEARÁ.

REQUERIDO: PRESIDENTE DA ASSEMBLEIA LEGISLATIVA DO ESTADO DO CEARÁ.

REQUERIDO: GOVERNADOR DO ESTADO DO CEARÁ.

RELATORA: DESA. MARIA IRACEMA DO VALE HOLANDA

EMENTA: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE DE DECRETO ESTADUAL EM FACE DA CONSTITUIÇÃO ESTADUAL. CONTROLE JUDICIAL CONCENTRADO (CF/88, ART. 125, § 2º, C/C CE/89, ARTS. 108, VII, “F”; 127 E 128).

1. NO CASO, ADI CONTRA ATO NORMATIVO ESTADUAL QUE DETERMINOU QUE A FUNDAÇÃO UNIVERSIDADE ESTADUAL VALE DO ACARAÚ (UVA) TERIA PERSONALIDADE JURÍDICA DE DIREITO PRIVADO, ALÉM DE ESTAR AUTORIZADA A COBRAR RECEITAS, TAXAS E EMOLUMENTOS, COMO FORMA DE CUSTEIO AOS SEUS CURSOS DE EXTENSÃO E GRADUAÇÃO.

2. É INCONSTITUCIONAL A COBRANÇA DE QUAISQUER EMOLUMENTOS, TAXAS OU OUTRAS ESPÉCIES DE ENCARGOS DAS UNIVERSIDADES PÚBLICAS OFICIAIS, MANTIDAS PELA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA ESTADUAL. NESSE SENTIDO, RECENTEMENTE O STF ENUNCIOU A SÚMULA VINCULANTE N. 12: “A COBRANÇA DE TAXA DE MATRÍCULA NAS UNIVERSIDADES PÚBLICAS VIOLA O DISPOSTO NO ART. 206, IV, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL”.

3. EM HIPÓTESE SÍMILE, ESTABELECEU O STF QUE “(...) ATRIBUIR A UMA ENTIDADE DE DIREITO PRIVADO, DE MANEIRA AMPLA, SEM RESTRIÇÕES OU LIMITAÇÕES, A GESTÃO DOS RECURSOS FINANCEIROS DO ESTADO

DESTINADOS AO DESENVOLVIMENTO DA EDUCAÇÃO, POSSIBILITANDO AINDA QUE A ENTIDADE EXERÇA A GERÊNCIA DAS VERBAS PÚBLICAS, EXTERNAS AO SEU PATRIMÔNIO, LEGITIMANDO-A A TOMAR DECISÕES AUTÔNOMAS SOBRE SUA APLICAÇÃO, A NORMA INCIDE EM INCONSTITUCIONALIDADE. DE FATO, SOMENTE É POSSÍVEL AO ESTADO O DESEMPENHO EFICAZ DE SEU PAPEL NO QUE TOCA À EDUCAÇÃO SE ESTIVER APTO A DETERMINAR A FORMA DE ALOCAÇÃO DOS RECURSOS ORÇAMENTÁRIOS DE QUE DISPÕE PARA TAL ATIVIDADE. ESTA COMPETÊNCIA É EXCLUSIVA DO ESTADO, NÃO PODENDO SER DELEGADA A ENTIDADES DE DIREITO PRIVADO. (STF - ADI 1864, RELATOR P/ ACÓRDÃO: MIN. JOAQUIM BARBOSA, TRIBUNAL PLENO, DJE PUBLICADO EM 02-05-2008).

- AÇÃO DIRETA JULGADA PROCEDENTE. DECRETO ESTADUAL DECLARADO INCONSTITUCIONAL, CONFORME O PEDIDO DA INICIAL.
- PRECEDENTES DO STF. APLICAÇÃO DA SÚMULA VINCULANTE N. 12.
- UNÂNIME.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Ação Direta de Inconstitucionalidade nº. 2008.0016.0515-8/0, do Estado do Ceará, em que é requerente a PROCURADORIA-GERAL DE JUSTIÇA, e como requeridos o GOVERNADOR DO ESTADO DO CEARÁ e a ASSEMBLEIA LEGISLATIVA DO ESTADO DO CEARÁ. ACORDA o Tribunal Pleno desta Corte de Justiça do Estado do Ceará, por unanimidade, em julgar PROCEDENTE a ação, declarando a inconstitucionalidade do Decreto Estadual n. 27.828/05, em seus arts. 1º e 19, inc. VIII, nos termos do pedido inicial.

RELATÓRIO

Trata-se de ação direta de inconstitucionalidade, ajuizada pela douta Procuradoria-Geral de Justiça do Estado do Ceará, em que se impugna os Arts. 1º e 19, VIII, do Decreto Estadual nº 27.828, de julho de 2005. Transcrevo a epígrafe do ato normativo e seus dispositivos impugnados:

Decreto 27.828, de 04 de julho de 2005.

Dispõe sobre a aprovação do Estatuto da Fundação Universidade Estadual Vale do Acaraú – UVA e da Universidade Estadual Vale do Acaraú – UVA, e dá outras providências.

Art. 1º. A Fundação Universidade Estadual Vale do Acaraú – UVA, criada pela Lei nº 12.077-A de 1º de março de 1993, é uma entidade da administração indireta do Estado do Ceará, sem fins lucrativos, com personalidade jurídica de direito privado, com duração por tempo indeterminado, sede e foro na Cidade de Sobral, do Estado do Ceará, que reger-se-á pela legislação pertinente e por este Estatuto. (...)

Art. 19. Constituem receitas da Fundação:

VIII – receitas de taxas, emolumentos e custeio de cursos de graduação e extensão.

Argumenta a requerente serem tais dispositivos inconstitucionais, em razão do princípio insculpido na Carta Magna da gratuidade do ensino público e de sua extensão, além da impossibilidade de uma fundação estadual se constituir sob a personalidade jurídica de direito privado.

Despacho desta Relatora às fls. 22/24, ocasião em que indeferi o pedido liminar, pela falta dos requisitos autorizadores de sua concessão (*fumus boni juris* e *periculum in mora*). No mesmo ato processual, determinei a notificação do Governador do Estado e da Assembleia Legislativa do Estado do Ceará, para prestarem informações, além da citação do Procurador-Geral do Estado, para seu pronunciamento como curador da norma impugnada.

Informações da Assembleia Legislativa do Estado do Ceará, fls. 31/33, em que tão somente foi feito uma suma desta ADI, porém sem qualquer conteúdo, e em que foi requerido “*a intervenção do Poder Executivo Estadual, o qual certamente apresentará as necessárias informações ao julgamento desta ADIn*” (fl. 33).

O Governador foi pessoalmente notificado, como pode-se constatar à fl. 27 e verso. Certidão à fl. 42, atestando a inexistência de informações por parte do Chefe do Executivo Estadual. Outra citação à fl. 44, circunstância em que foi citado o Procurador-Geral do Estado, com o propósito de defender a norma estadual impugnada (certidão no verso da fl. 44, comprovando a efetividade do procedimento citatório). Certidão de decorrência de prazo da PGE à fl. 45, e em que nada foi manifestado pela PGE.

Parecer de mérito da Procuradoria Geral de Justiça às fls. 48/56, em que foi postulado pela procedência da ADI, no dia 03 de março de 2009.

É o relatório, remetida sua cópia a todos os Desembargadores, de acordo com o art. 115 do Regimento Interno desta Corte de Justiça.

VOTO

Assiste razão ao Ministério Público Estadual. O ato normativo impugnado é inconstitucional, devendo ser expurgado do ordenamento jurídico estadual.

Resumo a questão: No caso, Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) contra ato normativo estadual que determinou que a Fundação Universidade Estadual Vale do Acaraú (UVA) teria personalidade jurídica de direito privado, além de estar autorizada a cobrar receitas, taxas e emolumentos, como forma de custeio aos seus cursos de extensão e graduação.

A presente ADI divide-se em três partes: na primeira, será feita a análise da possibilidade de controle judicial concentrado contra Decreto, quando tal ato normativo caracterizar-se, em sua essência, como primário, de efeitos gerais, impessoais e abstratos; na segunda parte, será comparado o ato normativo impugnado com o art. 222 da Constituição do Estado do Ceará, impondo natureza jurídica de fundação de direito público a todas as instituições educacionais de nível superior do Estado do Ceará; finalmente, serão apontados os precedentes do STF que originaram a Súmula Vinculante n. 12 de agosto de 2008, e que estabelece ser a cobrança de taxas e demais emolumentos nas universidades públicas inconstitucional.

Em tópicos, apresento meu voto:

I - É admissível controle concentrado de constitucionalidade de decreto que, possuindo efeitos genéricos, impessoais e abstratos, possuam natureza jurídica de verdadeira lei, caracterizando-se como decreto autônomo. Precedentes do STF.

De início, cumpre definir a natureza jurídica do decreto atacado mediante esta ação direta de inconstitucionalidade. Em síntese, o STF definiu o seguinte: se o ato normativo possuir essência de lei, de ato normativo primário, a inovar o ordenamento jurídico, é admissível seu controle de constitucionalidade pelo sistema abstrato. Ou seja, o que importa não é o rótulo, o epíteto do ato normativo impugnado, e sim sua real natureza, os efeitos jurídicos que a norma atacada trazem ao ordenamento jurídico.

Nesse sentido, é o que ensina o Professor de Direito Constitucional e Ministro do Supremo, GILMAR FERREIRA MENDES, em sua obra *Curso de Direito Constitucional*, em que transcrevo as partes que importam:

“Devemos entender como leis e atos normativos (...) passíveis de ser objeto de ação direta de inconstitucionalidade (pg. 1159):

(...)

8. Também outros atos do Poder Executivo com força normativa, como ... [o] Decreto que assumo perfil autônomo ou exorbite flagrantemente do âmbito do Poder Regulamentar” (obra citada, pg. 1162, Ed. Saraiva, 2009, 4ª Ed.).

É da jurisprudência do Supremo Tribunal que só constitui ato normativo idôneo a submeter-se ao controle abstrato da ação direta aquele dotado de um coeficiente mínimo de abstração ou, pelo menos, de generalidade. Neste caso, temos um ato normativo, formalmente apresentando-se como um decreto, mas que possui uma natureza jurídica, em essência, de uma lei, de um ato normativo primário, uma vez inovar no ordenamento jurídico.

Cito um precedente do STF, extraídas as partes que interessam:

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE DE DISPOSITIVOS DO REGULAMENTO DO ICMS (DECRETO Nº 2.736, DE 05.12.1996) DO ESTADO DO PARANÁ.

(...)

3. Assim, o Decreto nº 2.736, de 05.12.1996, o Regulamento do ICMS, no Estado do Paraná, ao menos nesses pontos, não é meramente regulamentar, pois, no campo referido, desfruta de certa autonomia, uma vez observadas as normas constitucionais e complementares.

4. Em situações como essa, o Plenário do Supremo Tribunal Federal, ainda que sem enfrentar, expressamente, a questão, tem, implicitamente, admitido a propositura de ADI, para impugnação de normas de Decretos. Precedentes. Admissão da ADI. também no caso presente. (STF - ADI 2155 MC, Relator: Min. SYDNEY SANCHES, Tribunal Pleno, DJ 01-06-2001).

Conheço, portanto, da presente Ação Direta de Inconstitucionalidade

II -Natureza Jurídica da UVA – Personalidade Jurídica de Direito Público, conforme o art. 222 da Constituição do Estado do Ceará.

Assim dispõe o art. 222 da Constituição do Estado do Ceará:

Art. 222. As instituições educacionais de nível superior, criadas e mantidas pelo Poder Público estadual, ADOTARÃO A NATUREZA JURÍDICA DE FUNDAÇÃO DE DIREITO PÚBLICO.

Transcrevo agora o texto do Decreto Estadual n. 27.828/2005, em seu art. 1º:

Art. 1º. A Fundação Universidade Estadual Vale do Acaraú – UVA, criada pela Lei nº 12.077-A de 1º de março de 1993, é uma entidade da administração indireta do Estado do Ceará, sem fins lucrativos, COM PERSONALIDADE JURÍDICA DE DIREITO PRIVADO, com duração por tempo indeterminado, sede e foro na Cidade de Sobral, do Estado do Ceará, que reger-se-á pela legislação pertinente e por este Estatuto.

Comparando os dois dispositivos, de uma simples leitura, percebe-se a incompatibilidade explícita do decreto com a norma constitucional. A Constituição Cearense impõe que todas as instituições de ensino superior do Estado possuam personalidade jurídica de Direito Público. A norma, portanto, desrespeitou a Constituição cearense, devendo ser expurgada do ordenamento jurídico, declarando-se sua inconstitucionalidade.

III – Impossibilidade de cobrança de taxas, emolumentos ou quaisquer outras espécies de encargos, de acordo com o estabelecido na Súmula Vinculante n. 12 do STF e demais precedentes aplicáveis.

Finalmente, extraio a redação do art. 19, VIII, do Decreto Estadual atacado:

Art. 19. Constituem receitas da Fundação:
VIII – receitas de taxas, emolumentos e custeio de cursos de graduação e extensão.

Isto significa que fica autorizado à UVA, por meio deste decreto, realizar a cobrança por seus serviços.

A Constituição Federal, a seu turno, estabelece justamente o contrário, em seu art. 206,

Art. 206 - O ensino será ministrado com base nos seguintes princípios:
IV - gratuidade do ensino público em estabelecimentos oficiais;

O direito fundamental à educação e ao ensino, de acordo com a Carta Magna Federal e a Constituição cearense, configurou não apenas um direito de todos, mas um dever da Administração Pública. Tais normas constitucionais passaram a estabelecer o pleno desenvolvimento da pessoa humana, seu preparo à cidadania e sua qualificação ao trabalho.

E, para tanto, exige-se, consoante doutrina o constitucionalista JOSÉ AFONSO DA SILVA, “*que o Poder Público organize os sistemas de ensino público, para cumprir com o seu dever constitucional para com a educação, mediante prestações estatais que garantam, no mínimo, os serviços consignados no art. 208*” (in Comentário Contextual à Constituição., 3ª ed., São Paulo, Ed. Malheiros, 2007, p. 785).

As normas constitucionais que tratam da educação, acrescenta o Professor paulista, “*tem, ainda, o significado jurídico de elevar a educação à categoria de serviço público essencial que ao Poder Público impende possibilitar a todos*” (obra citada, pág. 785).

A propósito, o STF, recentemente, enunciou a Súmula Vinculante n. 12, assim redigida:

SÚMULA VINCULANTE N. 12: “A cobrança de taxa de matrícula nas Universidades Públicas viola o disposto no artigo 206, inciso IV, da Constituição Federal”.

Tal súmula teve como precedente o Recurso Extraordinário n. 500171, em que o Ministro Relator, Ricardo Lewandowski, afirmou que o direito à educação é uma das formas de realização concreta do ideal democrático, para quem a política pública mais eficiente para alcançar esse ideal é a promoção do ensino gratuito, da educação básica até a universidade.

Na mesma sessão plenária, de 13 de agosto de 2008, os Ministros do STF julgaram os Recursos Extraordinários (REs) 542422, 536744, 536754, 526512, 543163, 510378, 542594, 510735, 511222, 542646, 562779, também sobre o tema. E, com tais precedentes, editaram a mencionada súmula vinculante n. 12.

Do precedente que deu origem a súmula, cito os seguintes trechos do voto do Ministro Ricardo Lewandowski:

“a gratuidade do ensino público em estabelecimentos oficiais, conforme se lê no *caput* do art. 206, IV, configura um princípio. Um princípio que não encontra qualquer limitação, no tocante aos distintos graus de formação acadêmica.

(...)

“O que não se mostra factível, do ponto de vista constitucional, é

que as universidades públicas, integralmente mantidas pelo Estado, criem obstáculos de natureza financeira para o acesso dos estudantes aos cursos que ministram, ainda que de pequena expressão econômica, a pretexto de subsidiar alunos carentes, como ocorre no caso dos autos”.

Ainda no mesmo RE 500171, extraio partes do voto do Min. CARLOS ALBERTO MENEZES DIREITO, que complementou as colocações feitas pelo Min. Lewandowski:

“Senhor Presidente, Senhores Ministros, esta questão é recorrente. Quem trabalha na área de educação sabe perfeitamente bem que de tempos em tempos procura-se impor a possibilidade de cobrança de taxas nas universidades públicas. E a alegação é sempre aquela da carência de recursos do Estado para a manutenção de um ensino de qualidade. E, em seguida, a alegação substantiva de que as vagas nas universidades públicas são preenchidas, em grande parte, por pessoas que não deixam de ter recursos para frequentar as universidades particulares. Essa é, como disse e insisto, uma alegação recorrente. (fl. 1032)

(...)

Com todo respeito àqueles que entendem dessa maneira, eu não consigo enxergar de que modo seja possível vencer o comando constitucional, que é expresso no princípio de que a gratuidade do ensino público em estabelecimentos oficiais é uma regra da Constituição brasileira. Não há como esta Suprema Corte, pelo menos na minha avaliação, (...) admitir exceção a esse princípio. Se se quer fazer a cobrança de taxas de matrícula nas universidades oficiais, que se mude a Constituição e que se autorize expressamente a cobrança de taxas nos estabelecimentos oficiais. O que não me parece possível é, por via de interpretação, quebrar a estrutura do princípio” (fl. 1033).

É exatamente o caso dos autos.

Finalmente, em caso análogo, decidi o Plenário do STF o seguinte, extraídas e realçadas as partes que importam:

RECURSOS PÚBLICOS FINANCEIROS DESTINADOS À
EDUCAÇÃO. GESTÃO EXCLUSIVA PELO ESTADO. AÇÃO

DIRETA JULGADA PARCIALMENTE PROCEDENTE.

(...)

5. Por fim, ao atribuir a uma entidade de direito privado, de maneira ampla, sem restrições ou limitações, a gestão dos recursos financeiros do Estado destinados ao desenvolvimento da educação, possibilitando ainda que a entidade exerça a gerência das verbas públicas, externas ao seu patrimônio, legitimando-a a tomar decisões autônomas sobre sua aplicação, a norma incide em inconstitucionalidade. De fato, somente é possível ao Estado o desempenho eficaz de seu papel no que toca à educação se estiver apto a determinar a forma de alocação dos recursos orçamentários de que dispõe para tal atividade. Esta competência é exclusiva do Estado, não podendo ser delegada a entidades de direito privado. (STF - ADI 1864, Relator(a): Min. MAURÍCIO CORRÊA, Relator(a) p/ Acórdão: Min. JOAQUIM BARBOSA, Tribunal Pleno, julgado em 08/08/2007, DJe-078 DIVULG 30-04-2008 PUBLIC 02-05-2008 EMENT VOL-02317-01 PP-00089)

Por tudo isso, a procedência da Ação Direta de Inconstitucionalidade, consequente declaração de nulidade dos arts. 1º, e art. 19, VIII, ambos do Decreto Estadual n. 27.828/05, é medida que se impõe.

DISPOSITIVO

Do exposto, com base nos fundamentos acima expendidos, e especialmente em razão da jurisprudência fixada nos precedentes do eg. Supremo Tribunal Federal, além de sua súmula vinculante n. 12, voto no sentido da PROCEDÊNCIA DA AÇÃO, por violação do Art. 222 da Constituição do Estado do Ceará, e que repercutem no Art. 206, IV, da Carta Magna Federal. Em consequência, devem ser expurgados do ordenamento jurídico cearense os Arts. 1º e 19, inc. VIII, do Decreto Estadual n. 27.828/05, nos termos do pedido inicial da Procuradoria Geral de Justiça do Estado.

É como voto.

Fortaleza, 23 de julho de 2009.

Ação Rescisória

AÇÃO RESCISÓRIA CÍVEL Nº 967-91.2009.8.06.0000/0
(2009.0001.7913-7/0)

REQUERENTE(S): ANTÔNIO ROBERTO LEITE DE LIMA, CLÁUDIA MARIA ARAÚJO VIANA, EDUARDO CAPELO ALVITE, EVANILDO EMÍLIO OLIVEIRA LIMA, FRANCISCO GUILHERME DA SILVA, JEOVÁ FERREIRA NUNES, JOÃO RODRIGUES FILHO, KATARINA MARIA AMORIM DO NASCIMENTO, MARIA DA ASSUNÇÃO SOUZA DE MELO, MARIA DO SOCORRO DE ALMEIDA, MARIA ELEUZA DE CARVALHO MENEZES, RAIMUNDO NONATO DE SOUSA, VALTER DE OLIVEIRA SANTIAGO.

REQUERIDO(S): MUNICÍPIO DE FORTALEZA

RELATOR: DES. FRANCISCO DE ASSIS FILGUEIRA MENDES

EMENTA: PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO RESCISÓRIA OBJETIVANDO A DESCONSTITUIÇÃO DE ACÓRDÃO PROFERIDO EM APELAÇÃO CÍVEL QUE REFORMOU SENTENÇA FAVORÁVEL AO PLEITO DE EQUIPARAÇÃO SALARIAL DE SERVIDORES DO MUNICÍPIO DE FORTALEZA COM BASE NA LEI MUNICIPAL Nº 6.469/89. REQUESTO ALICERÇADO NO PRINCÍPIO DA ISONOMIA. ALEGATIVA DE VIOLAÇÃO LITERAL DE LEI (ART. 485, V, CPC). INOCORRÊNCIA. DESCABIMENTO DA VIA EXCEPCIONAL DA RESCISÓRIA EM CASO DE MERA AFRONTA A PRINCÍPIO, DE MANEIRA GENÉRICA, EM DETRIMENTO DE MALFERIMENTO REAL E DIRETO A PRECEITO LEGAL. PRECEDENTES JURISPRUDENCIAIS.

I. (...) “Para que a ação fundada no art. 485, V, do CPC, seja acolhida, é necessário que a interpretação dada pelo *decisum* rescindendo seja de tal modo teratológica que viole o dispositivo legal em sua

literalidade. Ao revés, se a decisão rescindenda elege uma dentre as interpretações cabíveis, a ação rescisória não merece prosperar.” (Luiz Fux, *in* Curso de Direito Processual Civil, 2ª Ed., Editora Forense, Rio de Janeiro, 2004, págs. 849/850)

II. “A igualdade pode funcionar como regra, prevendo a proibição de tratamento discriminatório; como princípio, instituindo um estado igualitário como fim a ser promovido; e como postulado, estruturando a aplicação do Direito em função de elementos (critério de diferenciação e finalidade da distinção) e da relação entre eles (congruência do critério em razão do fim)” ÁVILA, Humberto. Teoria dos Princípios. 9ª ed. Malheiros, São Paulo, 2009, pág. 150.

III. Confusão existente na peça inicial acerca da distinção entre a igualdade enquanto regra ou enquanto princípio constatada no caso vertente.

IV. Violação afrontadora apenas de princípios em abstrato não tem o condão de respaldar as restritas hipóteses de cabimento da ação rescisória.

V. PRECEDENTES JURISPRUDENCIAIS: REsp 1.032.814/RS, Relator Min. Luiz Fux, Primeira Turma, REsp 9.086/SP, Relator Ministro Adhemar Maciel, Sexta Turma, DJ de 05.08.1996; REsp 168.836/CE, Relator Ministro Adhemar Maciel, Segunda Turma, DJ de 01.02.1999; AR 464/RJ, Relator Ministro Barros Monteiro, Segunda Seção, DJ de 19.12.2003; AR 2.779/DF, Relator Ministro Jorge Scartezzini, Terceira Seção, DJ de 23.08.2004; e REsp 488.512/MG, Relator Ministro Jorge Scartezzini, Quarta Turma, DJ de 06.12.2004.

RESCISÓRIA IMPROCEDENTE.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos da ação rescisória nº. 967-91.2009.8.06.0000/0, em que são partes as acima indicadas.

ACORDA a Turma Julgadora das Câmaras Cíveis Reunidas do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, sem discrepância de votos, em julgar improcedente o pedido autoral, nos termos do voto do relator.

Fortaleza, 23 de fevereiro de 2010

RELATÓRIO

Cogita-se de Ação Rescisória ajuizada por Antônio Roberto Leite de Lima, Cláudia Maria Araújo Viana, Eduardo Capelo Alvite, Evanildo Emílio oliveira lima, Francisco Guilherme da Silva, Jeová Ferreira Nunes, João Rodrigues Filho, Katarina Maria Amorim do Nascimento, Maria da Assunção Souza de Melo, Maria do Socorro de Almeida, Maria Eleuza de Carvalho Menezes, Raimundo Nonato de Sousa, Valter de Oliveira Santiago, com fito a desconstituir acórdão proferido no bojo da Apelação Cível nº. 2004.0007.4843-2/1, que reformou a decisão da lavra do MM. juiz da 7ª Vara da Fazenda Pública da Comarca de Fortaleza prolatada na aplicação do princípio da isonomia para proceder à implantação imediata nos vencimentos dos autores, Fiscais de Higiene, ligados funcionalmente à Secretaria de Saúde, do valor correspondente à vantagem denominada Retribuição Adicional Variável – RAV, equivalente a 800 pontos, em substituição à gratificação de produtividade no percentual de 100% que vinham percebendo, sem olvidar-se do pagamento das diferenças pretéritas, respeitado o lapso prescricional de 5 (cinco) anos a contar do ajuizamento da ação, e das condenações de praxe.

O *decisum* colegiado rejeitou a prejudicial de mérito concernente à prescrição do fundo de direito argüida pelo Município de Fortaleza e conheceu da remessa necessária e do recurso voluntário para conferir-lhes provimento, modificando a sentença para julgar improcedente o pedido formulado pelos autores, ora apelados, na petição inicial.

Destarte, restabeleceu-se a situação anterior em que percebiam a Gratificação de Produtividade de 100%, em detrimento do recebimento da Retribuição Adicional Variável – RAV – equivalente a 800 pontos, com fundamento na ausência de previsão legal para referida substituição pretendida, por inaplicável

ao caso em tela a Lei nº. 6.469/89, cuja aplicação se cinge tão somente aos Auditores de Tributos Municipais do Grupo TAF-300, assim como com arrimo na súmula 339 do Supremo Tribunal Federal.

Interpostos Embargos Declaratórios com propósitos infringentes, que foram conhecidos, mas não providos em face de inexistência de omissão no julgado fustigado, o que os tornou, desta sorte, a via recursal imprópria para sua rediscussão.

O decisório exarado em sede de embargos de declaração interpostos em apelação cível transitou em julgado em 06 de maio de 2008.

Inconformado, ajuizou o ora requerente a Ação Rescisória *sub examine*, sob alegar violação ao princípio constitucional da isonomia, com respaldo na teoria pós-positivista, que possibilita enquadrá-lo na categoria de norma, ensejando violação de “standards”.

Fundamenta, portanto, seu pleito na hipótese do inciso V do art. 485 do CPC, ao apontar violação literal à previsão estatuída no art. 5º, *caput* da Constituição Federal, em virtude do desrespeito ao postulado da igualdade, em decorrência da iniquidade de salários verificada entre os Auditores de Tributos Municipais do Grupo TAF-300, cujo adicional de Retribuição Adicional Variável – RAV – equivalente a 800 pontos é oriundo da Lei nº. 6.469/89, e os Agentes Fiscais de Urbanismo, não contemplados nesta lei.

Colaciona copiosa doutrina e jurisprudência no sentido de que os servidores da Administração Pública, cujas atribuições sejam iguais ou assemelhadas, integrantes do mesmo Poder ou pertencentes a um dos três Poderes, fazem jus à isonomia salarial.

Em interpretação elástica do art. 7º, XXX, do texto constitucional, pugna por aplicar a vedação da discriminação salarial, vigente no âmbito da iniciativa particular, aos servidores públicos.

Traz à colação, ademais, o art. 3º da Lei Municipal nº 6.797/90 (Estatuto dos Servidores Públicos do Município de Fortaleza), que veda diferenças remuneratórias.

Combate a aplicação da Súmula 339 do Supremo Tribunal Federal ao caso em comento sob o teor argumentício de que ela refere-se apenas às situações em que os servidores públicos, à despeito de exercerem funções iguais, vinculem-se à Regimes Jurídicos distintos.

Com efeito, limitou-se o requerente a narrar o trâmite recursal, insistindo em asseverar que ocorrera violação ao postulado isonômico.

É o relatório.

VOTO

Contemplando as razões autoradas, vislumbramos que, não obstante tenha havido indicação expressa do inciso do art. 485 do CPC embaixador do requesto, não se adequa o caso em tela à via da ação rescisória. Desta forma, detecta-se a inépcia da exordial, por não se enquadrar na hipótese prevista no art. 485, V, Lei de Ritos.

Com efeito, limitou-se a requerente a repetir o mesmo teor fático utilizado na vestibular da ação ordinária, sem inovar em suas razões, deixando de trazer à baila qualquer argumento que justificasse o ajuizamento do feito rescindendo, sobretudo quando se verifica, como na espécie *sub examine*, a ocorrência do trânsito em julgado do feito original sem interposição de recurso.

É de se ressaltar o caráter excepcional dos feitos rescindendo, haja vista seu condão de flexibilizar o princípio da imutabilidade da coisa julgada, não se admitindo, desta feita, a banalização em que consistiria sua utilização como sucedâneo de recurso por ocasião de seu não manejo, quando poderia ter sido interposto e não o foi.

Assim, não se fala em seu cabimento simplesmente para corrigir eventuais injustiças cometidas no decisório rescindendo, fazendo-se essencial a comprovação de efetiva adequação às hipóteses previstas no art. 485 da Codificação Adjetiva Civil, as quais, no mais das vezes, têm sua essência intrinsecamente relacionada à superveniência do conhecimento de fato que impediria seu próprio julgamento ou o proferimento deste livre de injustiças.

A seguir o valioso ensinamento de Alexandre Freitas Câmara, nesse sentido:

“A ação rescisória não é, como se pode ver, um recurso com largo prazo de interposição. Trata-se de demanda destinada a permitir a desconstituição de sentenças que contenham vícios gravíssimos, que o ordenamento não quer que sobrevivam ao trânsito em julgado (ainda que mesmo estes vícios possam ser convalidados pelo decurso do prazo decadencial a que se sujeita o direito à rescisão). **Permitir a desconstituição da sentença por sua injustiça seria o mesmo**

que negar a própria autoridade de coisa julgada material.

A ação rescisória serve para atacar sentenças que tenham graves vícios de formação. Estes vícios muitas vezes estarão ligados à atividade do juiz (como no caso de ter ele sido corrompido para proferir a decisão). Em outros casos, estarão ligados à atividade das partes (como se dá na hipótese de colusão entre elas). **Por fim, casos haverá em que o vício de formação da sentença sequer poderia ter sido apurado ao tempo em que a mesma foi proferida, só podendo ser reconhecido em razão de algum fato superveniente** (como se dá no caso de rescisória fundada em documento que, ao tempo da sentença, era desconhecido).” (autor citado *in* “Ação Rescisória”, pp. 54 e 55, Lumen Juris, 2007, Rio de Janeiro) **grifos nossos**

O instrumento excepcional de ataque ao qualificatório da decisão judicial ornada da *res judicata*, ou seja, capaz de afastar a intangibilidade e a imutabilidade do *decisum*, de que cuida nosso ordenamento jurídico, sob título de ação rescisória (art. 485 a 495, CPC), é disciplinado ao comando de pressupostos de admissibilidade, bastante rigorosos, o que se justifica pela condição de coisa julgada, como atributo excelso da jurisdição.

Bem discorrendo sobre o instituto da rescisão da sentença e de outros julgados (denominação de preferência do augusto Pontes de Miranda), Bernardo Pimentel Souza clarifica:

“A ação rescisória só é admissível nas hipóteses de rescindibilidade taxativamente previstas na legislação de regência, não sendo possível interpretação extensiva. Some-se às hipóteses de rescindibilidade insertas no art. 485 do Código de Processo Civil, a prevista no art. 1.030 do mesmo diploma.

Consoante revelam as hipóteses de rescindibilidade insertas no Código de Processo Civil, a ação rescisória pode ser proposta tanto para sanar vícios de juízo (**error in iudicando**) como vício de atividade (**error in procedendo**), o que importa para a admissibilidade da ação rescisória é a observância dos permissivos legais, e não o tipo de vício apontado pelo autor.” (autor citado *in*

Introdução aos Recursos Cíveis e à Ação Rescisória, 3ª edição, pp. 730/731, Saraiva, 2004, São Paulo)

Em necessária prospecção ao inciso V do art. 485, CPC, encontramos delineamentos fortes e seguros, atinentes aos seus substratos fáticos e jurídicos.

“O vocábulo literal inserto no inciso V do art. 485 revela a existência de que a afronta deve ser tamanha que contrarie a lei em sua literalidade. Já quando o texto legal dá ensejo a mais de uma exegese, não é possível desconstituir o julgado proferido à luz de qualquer das interpretações plausíveis.”

(autor e obra cit., pp. 739)

Ora, por seu caráter estritamente técnico e excepcional, não se presta a via da rescisória a corrigir injustiças, na medida em que vulnera o instituto da coisa julgada, o qual, segundo Teresa Celina de Arruda Alvim Wambier, “*é quase que uma exigência prática imposta pela própria razão de ser do próprio direito, que é a de criar a paz social.*” (Dinamarco, Márcia Conceição Alves, in “Ação Rescisória” – 1ª edição, p. 83, editora Atlas, São Paulo, 2004.)

Neste choque entre os valores trazidos pelo ideário de justiça entre as partes e a paz social, válida se mostra a lição de Teori Albino Zavascki:

“Se à segurança das decisões é relevante a profundidade da cognição, à pacificação social o que importa é a estabilidade das decisões. Ainda quando a prestação jurisdicional não tenha chegado a um resultado justo, mesmo assim é importante que a pendência judicial assuma caráter definitivo e imutável, ou seja que adquira a qualidade de coisa julgada.

.....

Nessa mesma perspectiva, ensina Cândido Dinamarco que ‘o importante não é o consenso em torno das decisões estatais, mas a imunização delas contra os ataques dos contrariados; e indispensável, para o cumprimento da função pacificadora exercida pelo Estado legislando ou *sub specie jurisdictionis*, é a eliminação

do conflito como tal, por meios que sejam reconhecidamente idôneos. O que importa, afinal, é tornar inevitáveis e prováveis decepções em decepções difusas; apesar de descontentes, as partes aceitam a decisão. Elas sabem que, exauridos os escalões de julgamento, esperança alguma de solução melhor seria humanamente realizável; além disso, ainda que inconscientemente, sabem que necessitam da proteção do Estado e não convém à tranquilidade de ninguém a destruição dos mecanismos estatais de proteção mediante a sistemática desobediência. (...) Eliminar conflitos mediante critérios justos – eis o mais elevado escopo social das atividades jurídicas do Estado.” (aut. cit. in Aspectos Polêmicos e Atuais dos Recursos Cíveis e de Outras Formas de Impugnação às Decisões Judiciais – 1ª edição, p. 1043 e 1044, editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 2001.)

Filiamo-nos à corrente da supremacia da coisa julgada em salvaguarda à pacificação social, em detrimento do conceito de justiça das partes, sobretudo se já reexaminada sua tese neste segundo grau de jurisdição, em sede de apelação.

A doutrina supra colacionada agasalha em *ratio essendi* o nosso convencimento, em sintonia com a melhor fonte jurisprudencial:

“PROCESSUAL CIVIL E PREVIDENCIÁRIO. AÇÃO RESCISÓRIA. OFENSA LITERAL DE LEI (ART. 485, V) E ERRO DE FATO (ART. 485, IX). INOCORRÊNCIA.

I. Na rescisória fundada no art. 485, inciso V, do CPC, a violação de dispositivo de lei deve ser literal, frontal, evidente, dispensando o reexame dos fatos da causa. Precedente.

II. Inocorre o erro de fato na apreciação da prova, a ensejar a rescisória fulcrada no inciso IX do art. 485, vez que assentou a jurisprudência que as declarações particulares extemporâneas não servem como início de prova material. Precedentes.

III. Ação rescisória improcedente. (AR 2001/0125835-8/SP, v.u., DJ 04.08.2003, p. 218, Rel. Min. Gilson Dipp).

O acórdão poderia ter sido atacado via recurso, que não fora interposto, não se prestando a medida excepcional da ação rescisória a servir como sucedâneo de eventual irresignatório adequado.

Passo, após abordar os pontos processuais relevantes para o deslinde da questão, a enfrentar o ponto atinente à suposta violação ao princípio da isonomia.

Cuida-se de equívoco autoral de interpretação deste instituto ao caso concreto, assim como de utilização inadequada da teoria pós-positivista. Socorro-me do escólio de Humberto Ávila para saná-lo, *in verbis*:

“A igualdade pode funcionar como regra, prevendo a proibição de tratamento discriminatório; como princípio, instituindo um estado igualitário como fim a ser promovido; e como postulado, estruturando a aplicação do Direito em função de elementos (critério de diferenciação e finalidade da distinção) e da relação entre eles (congruência do critério em razão do fim)” ÁVILA, Humberto. Teoria dos Princípios. 9ª ed. Malheiros, São Paulo, 2009, pág. 150.

Extrai-se das próprias formulações autorais que a violação ocorreu à igualdade enquanto princípio e não enquanto regra. À medida que ele se refere que ocorreu violação ao “vetor axiológico da igualdade” (p. 05), reconheceu o seu conteúdo principiológico, como um estado ideal de coisas almejado pelo legislador.

Ainda em relação à igualdade, valiosa a lição do mesmo professor *supra* citado:

“Não importa apenas saber se as pessoas são ou não são iguais (igualdade descritiva). É preciso saber, também, se as pessoas devem ou não devem ser tratadas igualmente (igualdade prescritiva). Esses juízos comparativos estão evidentemente relacionados: para saber se as pessoas devem ser tratadas igualmente é preciso verificar, no plano dos fatos, se elas tem as propriedades selecionadas como relevantes pela norma”

No caso em comento, os autores não comportam as referidas propriedades normativas imprescindíveis para sua aplicação, uma vez que, face ao princípio da legalidade, à Administração Pública não se autoriza a equiparação salarial pretendida ante a ausência de previsão na Lei nº. 6.469/89.

Ressalta-se, é cediço na doutrina que os princípios foram erigidos à categoria de normas na teoria pós-positivista ou neo-constitucional, consoante apregoa o autor (fl. 06). Estes, contudo, mostram-se apenas como uma de suas diversas espécies, tais quais as regras e os postulados.

Sob o alegar de violação da igualdade apenas enquanto princípio abstratamente considerado, não merece prosperar a alegação autoral, à míngua de afronta à dispositivo literal de lei, inconformando-se à hipótese prevista no art. 485, V, do CPC.

No que concerne à esta distinção, recorrer a doutrina revela-se, novamente, um mister. Colho os apontamentos de Robert Alexy e Virgílio Afonso da Silva, respectivamente:

“Regras são, por isso, normas que sempre somente ou podem ser cumpridas ou não-cumpridas. Pelo contrário, princípios são normas que ordenam que algo seja realizado em uma medida tão alta quanto possível relativamente às possibilidades fáticas e jurídicas. Princípios são, por conseguinte, mandamentos de otimização. Como tais, eles são caracterizados pelo fato de eles poderem ser cumpridos em graus diferentes e de a medida ordenada de seu cumprimento depender não só das possibilidades fáticas, mas também das jurídicas. As possibilidades jurídicas são, além de pelas regras, essencialmente determinadas por princípios em sentido contrário” (ALEXY, Robert. *Constitucionalismo Discursivo*. Livraria do Advogado, Porto Alegre, 2007. pág. 132.)

“(omissis) os princípios se distinguem das regras de forma clara, pois estas, se válidas, devem ser realizadas sempre por completo. O grau de realização dos princípios, ao contrário, poderá sempre variar, especialmente diante da existência de outros princípios que imponham a realização de outro direito ou dever que colida com aquele exigido pelo primeiro.

Essa distinção entre os conteúdos do dever-ser das regras e dos princípios implica também uma importante diferença na forma de aplicá-los.” (da SILVA, Virgílio Afonso. *A constitucionalização do Direito*. Os direitos fundamentais nas relações entre particulares. 2ª Ed. Malheiros, 2008. pág. 32.)

Alfim, transcreve-se orientação de julgado do Supremo Tribunal Federal, *in literis*:

“AÇÃO RESCISÓRIA, JULGADA PROCEDENTE EM CONTRADIÇÃO COM AS NORMAS QUE DEFINEM E REGULAM ESSE REMÉDIO EXCEPCIONAL. A DO ART. 798, I, C), DO C. PR. CIV. TEM COMO PRESSUPOSTO INFRAÇÃO A LITERAL DISPOSIÇÃO DE LEI, E NÃO AOS PRINCÍPIOS CUJA PRETERIÇÃO RESULTE EM INJUSTIÇA PRATICADA CONTRA O LITIGANTE. NO CASO, SE HOUE INADIMPLEMENTO CONTRATUAL E ESTE NÃO FOI RECONHECIDO, NÃO É POSSIVEL INVOCAR VIOLAÇÃO DAS REGRAS LEGAIS DOS CONTRATOS, PARA OBTER A ANULAÇÃO DO JULGADO. A LEI 649, DE 1949, FOI CURIALMENTE APLICADA A ESPÉCIE DE ACORDO COM A JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. CONHECIMENTO E PROVIMENTO DOS RECURSOS EXTRAORDINÁRIOS DOS INTERESSADOS. (STF, RE 59064 / RJ - RIO DE JANEIRO, Relator(a): Min. ANTONIO VILLAS BOAS, Julgamento: 08/11/1965, Órgão Julgador: TRIBUNAL PLENO.). (grifou-se)

Portanto, é caso de indeferimento da inicial, por inépcia, em face de impossibilidade jurídica da pretensão, vez que não se adéqua à hipótese do art. 485, V do CPC, por mera violação suposta e reflexa a um estado ideal de coisas a ser atingido, meramente ideológico, e não a dispositivo literal de lei, inexistindo a afronta necessária para o conhecimento da rescisória.

Isto posto, à míngua dos requisitos autorizantes da admissibilidade (inépcia), rejeito liminarmente o presente pleito acionário com fito rescisório de acórdão, *ex vi* do art. 295, I, do CPC.

Intimem-se.

Arquivem-se de oportuno.

É como voto.

Fortaleza, 23 de fevereiro de 2010.

Habeas Corpus Cível

Nº PROCESSO: 2009.0020.8054-5/0

TIPO DO PROCESSO: HABEAS CORPUS – CÍVEL

ÓRGÃO JULGADOR: 4ª CÂMARA CÍVEL

IMPETRANTE: MARIA SOFIA QUIRINO DA CUNHA

IMPETRADO: JUIZ DE DIREITO DA VARA ÚNICA DA COMARCA DE BEBERIBE

PACIENTE: K. G. B. M. DA F.

RELATORA: DESEMBARGADORA VERA LÚCIA CORREIA LIMA

**EMENTA: CONSTITUCIONAL E PROCES-
SUAL CIVIL. HABEAS CORPUS. PRISÃO
CIVIL POR DÍVIDA VOLUTÁRIA E
INESCUSÁVEL DE OBRIGAÇÃO
ALIMENTÍCIA. FINALIDADE COERCITIVA.
TEMPO DE SEGREGAÇÃO. PROPORCIO-
NALIDADE. RENOVAÇÃO EM FACE DO
MESMO DÉBITO. IMPOSSIBILIDADE.**

1. Tratando-se a prisão civil de meio coercitivo utilizado em desfavor do responsável pelo inadimplemento voluntário e inescusável de obrigação alimentícia, uma leitura constitucional do instituto indica que o tempo de segregação, respeitados os limites estabelecidos pelo art. 733, § 1º, do Código de Processo Civil, deve ser delineado com base na proporcionalidade em sentido estrito, em decisão fundamentada e considerando-se as peculiaridades do caso concreto. Uma vez inatingido o fim para o qual se propõe, o passo seguinte é o da expropriação de bens.

2. É ilegal, pois, a decisão que renova, em face do mesmo débito, o tempo de prisão do devedor de alimentos.

3. Ordem concedida.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos reveladores de *Habeas*

Corpus nº 2009.0020.8054-5/0, manejado por MARIA SOFIA QUIRINO DA CUNHA contra ato do JUIZ DE DIREITO DA VARA ÚNICA DA COMARCA DE BEBERIBE e em favor de K. G. B. M. DA F., acordam os Desembargadores da Quarta Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, à unanimidade de votos, em conhecer da impetração e conceder a ordem, tudo nos termos do voto da Relatora.

RELATÓRIO

Os autos revelam *habeas corpus* impetrado pela advogada MARIA SOFIA QUIRINO DA CUNHA, em favor de K. G. B. M. DA F., em face de ato perpetrado pelo Senhor JUIZ DE DIREITO DA COMARCA DE BEBERIBE/CE e consubstanciado na renovação (fotocópia da decisão às fls. 08/10), em razão do mesmo débito alimentar – e por mais 30 (trinta) dias – da prisão civil (do ora paciente) em execução desde o 09 de junho de 2009.

Segundo a peça de fls. 02/05, o decreto prisional é “*abusivo e ilegal*” (fl. 04), premissa que é defendida com base no Recurso Especial nº 658823, relatado pelo eminente Ministro Carlos Alberto Menezes Direito.

Despachando às fls. 17/19, e agindo com o dever-poder geral de cautela de um magistrado, suspendi, de ofício, e em razão das peculiaridades do caso, os efeitos da decisão ora contestada. As razões de tal postura serão adiante explicitadas.

Nas informações e documentos de fls. 22/28, a autoridade impetrada sublinhou que as razões de convencimento para renovação da prisão do paciente acham-se consignadas no despacho revelador da prorrogação.

O Ministério Público, em parecer da lavra do DD. Procurador de Justiça José Gonçalves Monteiro, manifestou-se pela denegação da ordem (fls. 33/37), e buscou esclarecer que “*a prorrogação do prazo da custódia civil na espécie deu-se dentro do tempo máximo previsto no § 1º do art. 733 do Código de Processo Civil (três meses), portanto, nenhuma ilegalidade houve no decreto prisional renovatório, ainda que com base no mesmo fato gerador da prisão*” (fls. 34/35).

Em seguida, vieram-me os autos conclusos.

É o que basta relatar.

VOTO

Senhora Presidente, vivemos, atualmente, no que se convencionou chamar de Neoconstitucionalismo, ou seja, em uma época em que, em termos simples, não se reconhece qualquer interpretação que não seja adveniente da Hermenêutica Constitucional, não havendo, ademais, Jurisdição senão a Jurisdição Constitucional.

Utilizo-me dessas rápidas considerações para lembrar não só o fato de que o papel do Juiz mudou à medida em que a noção de Jurisdição evoluiu, mas também a necessidade de investigar-se as normas constantes das leis infraconstitucionais a partir das diretrizes decorrentes da Constituição Federal de 1988, *locus* hermenêutico que é.

Esclareço, ademais, minha postura no sentido de conferir uma visão funcionalista aos institutos, ou seja, de para a função no lugar da estrutura (Bobbio), além de sempre ter presente que subjacentemente à forma está a intenção de preservar-se um dado valor (no Brasil, Carlos Alberto Alvaro de Oliveira).

Indo avante, e dedicando-me ao caso dos autos, vislumbro que o mesmo envolve o tema da prisão civil por inadimplemento de obrigação alimentícia – ou seja, a única exceção autorizada pela CF/88, no inciso LXVII, do seu art. 5º, mais especificamente a aplicação do § 1º, do art. 733, do Código de Processo Civil e a possibilidade (ou não) de renovação em face do mesmo débito. Eis, para efeito de documentação em voto, o teor do citado dispositivo legal:

“art. 733. Na execução de sentença ou de decisão, que fixa os alimentos provisionais, o juiz mandará citar o devedor para, em três (3) dias, efetuar o pagamento, provar que o fez ou justificar a impossibilidade de efetuá-lo.

§ 1º Se o devedor não pagar, nem se escusar, o juiz decretar-lhe-á a prisão pelo prazo de um (1) a três (3) meses.”

Eminentes Desembargadores, entendo não ser à toa o estabelecimento de limites mínimo e máximo para o tempo de recolhimento, especialmente quando se trata de uma exceção e quando temos a restrição do direito fundamental à liberdade de ir e vir.

Tal como se sabe, no Direito Penal, cuja atuação somente se dá em último caso (idéia de *ultima ratio*), há toda uma gama de critérios para que,

diante do caso concreto, sejam compatibilizadas as funções da pena com a restrição do *status libertatis* do condenado na medida imposta por sua culpabilidade. E tudo isso ocorre a partir da necessária fundamentação, tendo em vista a necessidade de controle.

Não desconsidero que os contextos são distintos; contudo, não ponho à margem de consideração os direitos fundamentais aparentemente em colisão. Aliás, a propósito dos contextos, é interessante observar que, tratando-se o crime da conduta que recebe a mais alta reprimenda da sociedade (Nelson Hungria), a privação da liberdade – que é algo próprio, ou melhor, típico desta seara – é tema qualificado como da mais alta relevância, o mesmo é de ser dito em relação à prisão civil.

Na linha do que acima foi dito, há, na questão da dívida alimentar e da prisão civil decorrente do inadimplemento voluntário e inescusável, uma aparente colisão de direitos fundamentais, a qual é vencida pelo nítido juízo de proporcionalidade de que lançou mão legislador processual ao autorizar a prisão civil nos moldes do art. 733, do CPC. Por outro lado, não menos nítido, a meu sentir, é o fato de que se reservou ao Judiciário a concretização da proporcionalidade em sentido estrito, cabendo-lhe, pois, diante do caso concreto – e considerando a função coercitiva do instituto – estabelecer, dentro dos limites mínimo e máximo, o tempo de segregação que fundamentadamente julgar necessário à implementação daquele fim.

Poder-se-ia levantar, em contraposição à presente linha de raciocínio, a dignidade da pessoa humana do credor de alimentos. Relembro, no entanto, que também a tem o devedor, seja ele brasileiro ou estrangeiro, homem ou mulher, esteja ou não na melhor idade. A dignidade da pessoa humana é, na realidade um valor, para o qual se volta todo o ordenamento jurídico no intuito de dar-lhe concreção.

É, pois, nesse caminhar, Senhora Presidente, que, interpretando o art. 733, do CPC, em conformidade com a Constituição Federal de 1988, entendo que o tempo da prisão civil do responsável pelo inadimplemento voluntário e inescusável de obrigação alimentícia, respeitados os limites estabelecidos pelo legislador, deve individualizado de maneira fundamentada e com base da sua função coercitiva. E essa premissa, na minha concepção, afasta a possibilidade de renovação da segregação em face do mesmo débito, sob pena de o magistrado cair em contradição, além de caracterizar-se um *bis in idem*. Ultimado o período de recolhimento, e permanecendo o devedor contumaz no descumprimento, o

passo seguinte é, como se sabe, o da expropriação, da mesma forma como se a prisão tivesse sido estabelecida no máximo.

Sendo assim, considero equivocada a decisão do douto Juízo da Vara Única da Comarca de Beberibe no que, com base no mesmo débito alimentar, renova, por mais 30 (trinta) dias, a prisão civil do ora paciente.

Passando a justificar a minha atuação liminar, esclareço que a mesma foi guiada pela efetividade com a qual a atuação jurisdicional deve revestir-se. É que, ante as peculiaridades do caso, antevi a inutilidade de um futuro pronunciamento desta Corte, vez que, considerando o dia 09 de julho como termo inicial da renovação, a prisão findaria no dia 07 de agosto, ou seja, em um momento anterior ao daquele em que o mérito da impetração estaria pronto para ser julgado. Diferente não ocorreu, vez que os autos voltaram-me conclusos para decisão somente no dia 14 de agosto, o que, confirmando minha previsão, tornaria completamente ocioso o pronunciamento jurisdicional.

A exigência do caso concreto, a natureza da ação e o tema jurídico em evidência justificaram, a meu sentir, a atenuação dos rigores do princípio dispositivo. Do contrário, seria um formalismo ligado à liberdade prejudicando uma de suas facetas. E, naquela oportunidade, amparei-me no seguinte precedente do colendo Superior Tribunal de Justiça, cuja relatoria foi do eminente Ministro Carlos Alberto Menezes Direito:

“Alimentos. Débito. Prisão.

1. Não é possível decretar nova prisão relativa aos débitos vencidos durante a execução, e que já foi alcançada pela prisão anterior, sob pena de tratar-se de prorrogação que poderia conduzir à prisão perpétua, vedada no ordenamento jurídico brasileiro.

2. Recurso especial conhecido e provido. (REsp 658.823/MS, Rel. Ministro CARLOS ALBERTO MENEZES DIREITO, TERCEIRA TURMA, julgado em 17/05/2007, DJ 06/08/2007 p. 485)”

Ante o exposto, e com base no art. 5º, inciso LXVIII, da CF/88, concedo a ordem, ratificando a postura adotada liminarmente.

Fortaleza, 18 de novembro de 2009.

Mandado de Segurança

PROCESSO Nº 2006.0014.5200-2 /0
MANDADO DE SEGURANÇA COM PEDIDO DE LIMINAR
IMPETRANTE: EPROM ENGENHARIA E PROJETOS LTDA
IMPETRADO: SECRETÁRIO DA FAZENDA DO ESTADO DO CEARÁ
RELATOR: DESEMBARGADORA MARIA SIRENE DE SOUZA SOBREIRA

CONSTITUCIONAL. TRIBUTÁRIO. PROCESSUAL CIVIL. MANDADO DE SEGURANÇA. COMPENSAÇÃO DE TRIBUTOS. RECIPROCIDADE DE OBRIGAÇÕES FISCAIS. CONDIÇÕES ESPECÍFICAS RELACIONADAS NO DEC. ESTADUAL Nº 24.569. NECESSIDADE DE COMPROVAÇÃO, COMO PRESSUPOSTO DO CREDITAMENTO PARA FINS DE ULTERIOR COMPENSAÇÃO DE TRIBUTOS, DO RECOLHIMENTO INTEGRAL DO IMPOSTO, E NÃO DE APENAS ALGUMAS DE SUAS PARCELAS, MÁXIME QUANDO O CONTRIBUINTE DE FATO OPTA PELO FRACIONAMENTO DE SEU MONTANTE. HIPÓTESE EM A IMPETRANTE DEMONSTROU O PAGAMENTO DE APENAS TRÊS DAS DEZ PARCELAS DE UM DETERMINADO FINANCIAMENTO. AUSÊNCIA DE PROVA PRÉ-CONSTITUÍDA DA QUITAÇÃO DAS SETE PRESTAÇÕES RESTANTES. EXTINÇÃO DO PROCESSO SEM RESOLUÇÃO DE MÉRITO. *WRIT* NÃO CONHECIDO.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Mandado de Segurança, nº 2006.0014.5200-2/0, ACORDA o Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, em

sua composição plenária, por unanimidade, em extinguir o processo sem resolução de mérito, nos termos do voto condutor a seguir transcrito.

RELATÓRIO

Cuidam os presentes autos de mandado de segurança impetrado por EPROM ENGENHARIA E PROJETOS LTDA contra ato administrativo atribuído ao Ilmo. Sr. Secretário da Fazenda do estado do Ceará, o qual rotulou de ilegal e tisonou de subversivo a direito de sua titularidade pelas razões de fato e de direito brevemente sumariadas a seguir:

No abono de sua postulação disse a impetrante ostentar a a condição simultânea de credora e devedora de tributos estaduais compensáveis na forma da legislação respectiva. Arguiu, com efeito, ser possuidora de direito subjetivo à aludida compensação - precisamente da importância de R\$ 18.512,03 (dezoito mil quinhentos e doze reais e três centavos), creditados em seu favor mediante transferência civil de crédito de ICMS reconhecida como legítima no parecer opinativo nº 81/2005 SENOC/SEFAZ - com dívidas oriundas de operações comerciais de sua praxe, compreendidas na hipótese de incidência do imposto de circulação.

Contudo informou que a administração tributária estadual está restringindo o pleno e efetivo reconhecimento desse direito, por meio do estabelecimento de condições fiscais abusivas e impertinentes, na suposta contra-mão da legalidade, exigindo, para fins de creditamento com vistas à obtenção do favor legal perseguido, o recolhimento integral do imposto objeto de cessão, não admitido a compensação de nenhum crédito com o montante correspondente ao somatório das parcelas pagas à época de sua transferência civil.

Arrimado nesses argumentos, a impetrante requereu medida liminar e, no mérito, pugnou pela concessão da segurança, no sentido de se determinar que a autoridade supostamente coatora se abstivesse de recusar a compensação do aludido crédito, e procedesse a operação correspondente nos termos perfilhados na legislação de regência.

À inicial, juntou os documentos de fls. 12/35.

Inicialmente distribuídos à 1ª Vara da Fazenda Pública, o então oficiante prolatou decisão declinatoria de competência determinando à remessa dos presentes a este Sodalício, por força da jurisdição originária desta Corte para

o processamento e julgamento de mandados de segurança impetrados contra atos atribuídos aos Secretários estaduais da pasta executiva.

Conclusos aos 02 de junho de 2008, vieram os autos para despacho inicial, ocasião em que indeferi o pedido de liminar, em decisão de fls. 45/49.

Às fls. 59/63 prestou informações o Secretário Estadual da Fazenda pugnando pela denegação da segurança.

Autos com vistas ao Ministério Público, este emitiu o parecer de fls. 65/69, opinando pela denegação da segurança.

Vieram-me definitivamente conclusos aos 24 de setembro de 2009.

É o relatório.

VOTO

A respeito da postulação em testilha, é de se observar que, a título de inicial esclarecimento acerca da pertinência mandamental com a temática da compensação de tributos, para que tal operação se tenha por viável nesta ou em qualquer outra via, indispensável se impõe não apenas a comprovação da reciprocidade de obrigações entre Fisco e contribuinte de fato ou de direito, mas a existência de lei específica que autorize o procedimento, estipulando seus respectivos ditames, peculiaridades e garantias, e definindo as condições e requisitos necessários à inserção de dada situação fática no domínio temático da modalidade de extinção do crédito tributário de que ora se cuida.

No que tange aos impostos sujeitos à antecipação fiscal, como é da essência do ICMS, a legislação estadual, consubstanciada na inteligência do art. 771, do Dec. nº 24.569/07, estabelece que o recolhimento do tributo constitui verdadeiro pressuposto de seu ulterior creditamento, sendo que, para efeito de compensação entre este e eventuais débitos resultantes de lançamento fiscal em regime de substituição “para frente”, a correspondência de posições jurídicas entre o particular e a Fazenda Pública, não se subscreve a uma mera presunção ou ficção fática, semelhante a que cinge o próprio fato gerador concreto imposto de circulação cobrado de forma progressiva.

No caso destes autos, o *status* invocado para fins compensatórios se refere ao recolhimento parcial de ICMS diferencial de alíquota pela empresa FACIL TRANSPORTE LTDA – contratada para a realização de um frete de mercadorias adquiridas em outro estado pela impetrante – cujo crédito foi

transferido a esta, como se infere do parecer 81/2005, de 14 de março de 2005, após o pagamento de 03 (três) das 10 (dez) parcelas respectivamente avençadas, mediante requerimento administrativo endereçado à Célula de Normas e Consultoria da Secretaria Estadual da Fazenda (CENOC-SEFAZ).

Ocorre que, ao firmar orientação acerca da transferência de crédito entre as empresas aludidas, o órgão fiscal sobredito sujeitou a produção de todos os seus jurídicos e legais efeitos à condição suspensiva da quitação integral de todas as parcelas do tributo *sub* cessão, além das três pagas até aquela altura.

Noutras palavras, a teor do opinativo em epígrafe, que me parece em perfeita sintonia lógica com os ditames da norma de regência (art. 771 do Dec. 24.569/07), a utilização do suposto creditamento sob testilha para efeito de compensação tributária com eventuais tributos de idêntica natureza pressupõe, pelo menos no ambiente estreito de uma ação mandamental de segurança, a comprovação líquida e certa de recolhimento irrestrito não apenas das parcelas adimplidas à época do negócio bilateral multicitado, mas de todas as prestações integrantes do respectivo financiamento, cujo somatório, este, sim, compreende o montante total do imposto pretensamente vocacionado como interlocutor, ou como viabilizador da extinção de obrigações fiscais de mesmo timbre.

No entanto, ao que se colhe de uma leitura exauriente destes autos, nem a impetrante instruiu sua iniciativa com algum documento capaz de ilustrar esse indigitado panorama, nem a autoridade signatária das informações de estilo reconheceu como incontrovertidos os fatos articulados na petição de início, de maneira que, considerando as limitações ritualísticas que envolvem o remédio constitucional opcionado - admissível somente às hipóteses em que a relação jurídica controvertida necessariamente se expressa num peculiar processo subsuntivo de uma norma abstrata sobre um fato incontrovertido – não me parece possível, com base apenas nos elementos trazidos ao fascículo, identificar a razoabilidade e a plausibilidade da postulação matriz, em face, justamente, desta insuperável deficiência instrumental que a acomete.

Nessas condições, à falta de prova pré-constituída dos fatos subsidiadores da impetração de que aqui se trata, deixo de conhecer da mesma, pronunciando, por conseguinte, a extinção do processo sem resolução de mérito, o que faço nos ditames do art. 267, IV, do Código de Processo Civil, e o por ser medida que reputo expressiva da melhor forma de direito.

É como Voto.

Fortaleza, 22 de outubro de 2009.

MANDADO DE SEGURANÇA: 2008.0001.3414-3/0

IMPETRANTE: NEY FONSECA BARROSO

IMPETRADO: SECRETÁRIO DA FAZENDA DO ESTADO DO CEARÁ

RELATOR: DESA. MARIA SIRENE DE SOUZA SOBREIRA

MANDADO DE SEGURANÇA. CONSTITUCIONAL. TRIBUTÁRIO. RECUSA DE EXPEDIÇÃO DE CERTIDÃO NEGATIVA DE TRIBUTOS À PESSOA FÍSICA SOB A ALEGATIVA DE SER A MESMA SÓCIA DE EMPRESA INSCRITA EM CADASTRO FISCAL DE DEVEDORES INADIMPLENTES. ALEGAÇÃO DE FATO IMPEDITIVO NO CONTEXTO DAS INFORMAÇÕES DA AUTORIDADE SUPOSTAMENTE COATORA. INVERSÃO DO ONUS PROBANTE EM FACE DA PRESUNÇÃO LEGAL DE VERACIDADE DOS ATOS DE PODER. NECESSIDADE INTERCORRENTE DE DILAÇÃO PROBATÓRIA. INVIABILIDADE POSTERIOR DO PROCEDIMENTO ESCOLHIDO. EXTINÇÃO DO PROCESSO SEM RESOLUÇÃO DE MÉRITO, NOS DITAMES DO ART. 267, IV E VI, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Mandado de Segurança, nº 2008.0001.3414-3/0, ACORDA o Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, em sua composição plenária, por unanimidade, em extinguir o processo sem resolução de mérito, nos termos do voto condutor a seguir transcrito.

RELATÓRIO/VOTO

Cuidam os presentes autos de mandado de segurança impetrado por Ney Fonseca Barroso, objetivando desconstituir ato supostamente abusivo perpetrado, em tese, pelo Secretário de Administração do Estado do Ceará, que teria determinado a inclusão de seu nome em cadastro de devedores fiscais inadimplentes CADIN, em decorrência de dívidas tributárias contraídas por empresa em cujos quadros constitutivos figura o mesmo presentemente como sócio.

A título de breve resumo, sustentou o impetrante que, nos termos do art. 135 do CTN, os sócios e administradores, em regra, não respondem por dívidas fiscais de empresas cuja titularidade ou administração exerçam, salvo nas hipóteses de gestão temerária, violação à lei, ou subversão às disposições do respectivo contrato ou estatuto; sucede que, segundo ele, ocorrendo qualquer dessas hipóteses, compete à administração, antes de impor sanções tributárias em desfavor do terceiro presumivelmente irresponsável, demonstrar, por intermédio de procedimento administrativo que o assegure ampla defesa e contraditório, que este (o terceiro), de fato, incorreu em uma das circunstâncias ensejadoras do correspondente redirecionamento da cobrança.

No entanto, segundo o impetrante, a Secretaria da Fazenda, ao invés de proceder a tal investigação, entendeu por bem inscrever seu nome no CADIN, como meio de forçá-lo ao cumprimento de uma obrigação que, em princípio não lhe seria afeita. Este, portanto – inscrição de seu nome no CADIN - o ato contra o qual se insurgiu o impetrante em suas razões mandamentais de preâmbulo, ocasião em que o mesmo arrematou pugnando pela concessão da segurança, com os consectários fáticos e jurídicos daí decorrentes.

Notificada, a autoridade supostamente coatora prestou informações às fls. 38/43, confirmando a recusa em fornecer certidão negativa de tributos estaduais ao impetrante, sob a justificativa de ser o mesmo sócio administrador de empresa que se encontrava em situação de débito para com a Fazenda Pública do Estado. Sob tal enfoque, requereu a denegação da segurança, por entender que o ato especificamente impugnado não promoveu violação alguma

à direito subjetivo que justificasse sua judicial anulação.

O Ministério Público, por sua vez, emitiu parecer às fls. 45/50, opinando pela concessão da segurança.

Inicialmente conclusos para julgamento, apresentei os autos em mesa para tais fins na sessão ordinária de 02/07/2009; no alvitre, votei pela concessão da segurança, sob o fundamento de que o ato discutido, realmente, teria farpeado a regra geral contida na inteligência do art. 135 do CTN.

Logo em seguida, por antecipação, pedi vistas dos autos o Eminentíssimo Desembargador Raul Araújo Filho para maturar uma reflexão mais acurada sobre a matéria em debate; sendo que que, ao trazer de volta o processo na sessão de 30/07/2009, o mesmo Desembargador divergiu de minha orientação primitiva, pronunciando a inépcia da inicial e extinguindo o processo sem resolução de mérito nos termos do art. 267, do CPC.

Por ocasião de seu brilhante voto, o Douto Des. Raul destacou a insuficiência da instrução exordial, argumentando, nesse abono, que o impetrante deixou de colacionar aos autos a correspondente Certidão de Dívida Ativa, indispensável, às suas impressões, à visualização, em tese, da viabilidade da pretensão particularmente invocada.

Em todo caso, segundo o signatário da manifestação sobredita, mesmo que o impetrante tivesse anexado o referido documento à sua postulação, ainda assim o conhecimento deste *mandamus* restaria prejudicado porque, de um modo ou de outro, constando ou não seu nome na respectiva CDA, a controvérsia em torno de sua não incursão nas hipóteses fáticas do art. 135 do CTN haveria de demandar necessária dilação probatória, tornando o deslinde da causa incompatível com a sumariedade da via processual escolhida.

Nesse contexto, pedi novamente vistas dos autos para examinar essas questões sobre as quais não reportei por ocasião de meu julgamento primeiro; e após o fazer, peço vênias, nessa oportunidade, para compartilhar com os demais integrantes desta corte as conclusões que especificamente obtive.

De início, tenho por inevitável reconhecer, sob o auxílio das eruditas e oportunas observações consignadas pelo Eminentíssimo Des. Raul Araújo Filho em sua judiciosa manifestação divergente, que o impetrante, de fato, ao litigar pelo cancelamento de sua inscrição individual no CADIN em virtude de dívidas tributárias contraídas por empresa de que é sócio, deixou de instruir sua peça

de impetração com a documentação comprobatória da situação fática deduzida em seu esforço vestibular.

Por influência dessa omissão, a consequência formal daí resultante não poderia ser outra, em princípio, senão o próprio indeferimento terminativo de mérito da postulação correspondente, à míngua de prova pré-constituída do direito líquido e certo que lhe deveria servir de amparo.

No entanto, sem o menor propósito de desafiar essa orientação – que consagra o mandado de segurança como um procedimento essencialmente documental - me parece que, particularmente em relação à hipótese de que aqui se cuida, o raciocínio em torno do cabimento ou não medida, deve se acompanhar de algumas digressões subjacentes à própria lógica funcional do mesmo instituto.

A meu ver, o mandado de segurança, com efeito, se constitui num instrumento de compleição marcadamente peculiar, sobretudo porque afeiçoado a uma caracterização jurídica ambivalente: ao mesmo tempo em que se traduz num conceito tipicamente processual, eis que se desdobra e se apresenta sob o figurino de uma ação, ostenta, igualmente, o *status* de direito fundamental, desfrutando de berço no elenco dos direitos e garantias individuais e coletivos, plasmados na enumeração do art. 5º, da Carta Republicana de 1988.

Daí a ilação, sob as bênçãos desse pluralismo dogmático, de que se trata, a versão nacional do *writ of mandamus*, de um direito público subjetivo diretamente inserido no domínio temático da chamada jurisdição constitucional das liberdades, cujo principal e mais relevante objetivo, é conectar os indivíduos, em virtude de suas diversas e possíveis lamentações, a uma instância neutra, imparcial e pacificadora e de conflitos constitucionais.

As consequências práticas dessa raciocínio para os fins do presente esclarecimento, se resumem, por sua vez, em duas implicações: a primeira delas relacionada com o caráter processual do mandado de segurança, cuja influência sujeita sua utilização aos mesmos requisitos que pressupõem qualquer acesso válido aos órgãos da Justiça; já a segunda, alusiva à própria estatura constitucional do *mandamus* que, se por um lado o eleva a um patamar normativo de nobreza e de grande amplitude, por outro restringe legitimamente seu cabimento à observância de antecedentes formais estritamente singulares.

De efeito, como forma de aferir uma base de harmonia entre esses

dois aspectos fundamentais à compreensão mandamental em sua essência, desenvolveu-se, no âmbito científico, uma fórmula conciliatória de orientação da atuação judicial; por força deste modelo, todas as particularidades formais instituídas na Constituição em relação ao mandado de segurança devem ser examinadas no compartimento de sua adequação como mecanismo de implementação de um direito no caso concreto, de modo a que se promova uma máxima otimização de suas ferramentas, sem se abstrair o apuro da técnica processual que, por outro lado, envolve o exercício do direito de ação.

Nesse panorama, o constituinte de 1988 definiu o mandado de segurança na esteira de um postulado imperativo, acentuando a obrigatoriedade de sua concessão, sempre que inviável o deferimento de *habeas corpus* e *habeas data*, para fins de remediar atos praticados pelas pessoas e organismos relacionados no art. 1º da lei 12.016/2009, de que tenham resultado lesão, ou ameaça de lesão à direito líquido e certo.

O significado dessa expressão “direito líquido e certo” a que se referiu a Lei Maior como verdadeiro alvo de proteção do mandado de segurança, compõe uma espécie de divisor de águas entre o que pode, e o que não ser deduzido judicialmente pela via da ação mandamental a que se refere o inciso LXIX do art. 5º da Constituição de 1988.

Às minhas impressões, por de direito líquido e certo, sob o refúgio de uma concepção tipicamente processual, concebe-se aquele cuja existência se relaciona à ostensividade de um dado suporte fático sobre o qual incide uma determinada regra de direito objetivo.

Líquido e certo, portanto, é o direito subjetivo que resulta de um processo peculiar de subsunção de um fato incontroverso a uma norma jurídica positiva, sendo irrelevante, para os fins de tal caracterização, o grau de abstração da regra paradigma, e a complexidade do enquadramento das questões fáticas subjacentes; sendo estas incontroversas e aquela imperativa e vigente, ainda que não aplicável à espécie, adequada será sua integração ao figurino conceitual sobredito.

É bom que se frise, por outro lado, para fins de superar uma compreensão dogmática tecnicamente equivocada, que a prova documental pré-constituída não se traduz *per se* num pressuposto de admissibilidade do mandado de segurança, mas sim, no veículo mais frequente e comum de

demonstração da incontrovérsia fática indispensável ao exercício válido do correspondente direito.

Noutras palavras, sem deter o monopólio dessa vocação, a prova pré-constituída funciona como autêntico, embora não único, meio de ostentação da existência do direito líquido e certo. Este sim – o direito líquido e certo - por sua vez, a luz dessas reflexões, o verdadeiro paradigma condicionante à sujeição de determinado conflito ao domínio temático do *writ of mandamus*.

Situações há, nessa linha, em que o mandado de segurança se faz cabível, ainda a que demonstração do “direito líquido e certo” não se expresse por meio de uma prova documental pré-constituída. Isso se dá, por exemplo, em pelo menos cinco ocasiões: 1) quando couber à própria administração trazer a prova documental ao processo; 2) na hipótese do art. 6º, § 1º, da lei 12.016/09; 3) quando a impetração se consubstanciar em fatos notórios ou incontroversos (art. 334, I e III, do CPC); 4) quando o alvo da impugnação for um ato omissivo, ou uma inação de uma autoridade pública; e 5) quando a autoridade coatora, no ambiente de suas informações de estilo, admite como reais e verdadeiros os fatos narrados na petição inicial, ainda que discuta a subsunção destes mesmos fatos à regra de direito objetivo respectivamente invocada.

Esta última, ao que me pareceu, foi exatamente a hipótese que se configurou no caso em apreço. Com efeito, embora o impetrante não tenha procedido à juntada de documento comprobatório de sua inscrição no CADIN por força de dívida contraída por uma empresa de sua titularidade, o agente público subscrevente das informações de fls. 38/43 supriu essa abstenção, confirmando a prática do sobredito ato, mas defendendo sua adequação à moldura legal plasmada no art. 135 do CTN.

É de se reiterar, aqui, a natureza essencialmente processual do conceito de direito líquido e certo; a propósito, em que pese seja do impetrante o ônus de provar a incontrovérsia fática que serve de pretexto ao ajuizamento da ação mandamental, a percepção informal desse suporte cognitivo, desde que válidos sejam os meios de sua obtenção, viabiliza, indiscutivelmente, o prosseguimento da demanda na direção de uma resolução substancial de mérito.

Por esse motivo - e considerando, fundamentalmente que a finalidade veiculada pelo impetrante em suas razões de começo era a de,

simplesmente, cancelar a inscrição de seu nome no CADIN efetuada em virtude de débitos contraídos por empresa de que é sócio – foi que entendi, no alvitre de minha exposição primeira, que a simples comprovação inequívoca da situação fática acima aludida já constituía, em si, circunstância suficiente à admissibilidade formal da impetração de que ora se cuida.

Ocorre que, no que se refere à outra objeção de julgamento levantada no voto-vista – no sentido de que a ação mandamental em questão não seria adequada ao deslinde da situação concreta, em face da hipotética necessidade de dilação probatória – parece-me de bom alvitre que se abra um parêntesis: ao longo das mais de 15 (quinze) laudas de sua postulação de início, o impetrante, em nenhum momento, mencionou que seu nome, já àquela altura, estivesse inscrito na dívida ativa estadual por força, única e exclusivamente de sua condição de gestor da empresa RADIER ENGENHARIA LTDA.

Nesse panorama, partiu-se, desde o início, do pressuposto de que seu objetivo, na verdade, coincidia, não com o intuito de desconstituir um título executivo fiscal, mas com o manifesto desiderato de excluir seu nome de cadastro de devedores fiscais inadimplentes, a despeito de eventuais restrições que existissem em desfavor da empresa de que é representante.

Ora, se não se cogitava, a par desse esclarecimento, de qualquer escrituração do nome autoral na dívida ativa, não havia que se falar, portanto, nem em existência, e nem muito menos em necessidade de juntada da correspondente certidão de dívida ativa como condição de admissibilidade deste mandado de segurança; de maneira que, restringindo-se o pleito à conotação inicialmente visualizada, não me ocorreu, em princípio, que sua vocação objetiva pudesse estar, em tese, comprometida com a necessidade de um aprofundamento probatório.

Nunca é demais lembrar, a propósito do postulado de que os sócios e administradores não respondem pelas dívidas tributárias de suas empresas, salvo nas hipóteses de gestão temerária, abuso de poder, ou infração à lei ou ao estatuto ou contrato social, que escrituração destes (dos sócios e administradores) na dívida ativa, com a anotação de seus nomes na respectiva CDA, enseja, em seu desproveito, a inversão do ônus de provar que os mesmos não incorreram em nenhuma das circunstâncias sobreditas.

Do contrário – sem perder de vistas que a inscrição de tributos em

dívida ativa também pressupõe a observância do devido processo legal administrativo com todos os meios e recursos a ele inerentes – não havendo efetivação escritural, à administração compete provar que os sócios, gerentes e administradores incidiram em alguma das hipóteses legais ensejadoras de sua excepcional imputação solidária, acentuando-se, aqui, que a irresponsabilidade destes, nas situações em que a execução fiscal não é iminente, decorre de uma presunção de lei, plasmada, a seu turno, no art. 135, do Código Tributário Nacional.

Nesses casos – e somente nesses, ao que me parece – a via do mandado de segurança é perfeitamente adequada porque, a meu sentir, enquanto a administração não inscreve o nome do sócio ou administrador na dívida fiscal ativa, ou não comprova a necessidade de vinculação deste ao pagamento do mesmo débito por intermédio de um procedimento fiscal que o assegure o contraditório e a ampla defesa, o redirecionamento da cobrança, ou a imposição de sanções políticas em seu desfavor, desconsiderando, inclusive, a distinção de personalidade prestigiada na legislação de regência, constitui inequívoco abuso de poder, suscetível, a seu turno, de se apresentar incontroversamente demonstrada por meio de prova documental; nesse sentido, aliás, já decidiu este egrégio Tribunal de Justiça:

Nesse ponto, manifesto minha particular discordância em relação ao entendimento frisado pelo Eminentíssimo Des. Raul Araújo Filho, para quem a identificação subjetiva do ônus da prova é questão irrelevante para fins de se consagrar, ou não, a compatibilidade do mandado de segurança com o deslinde de uma questão como a de que aqui se trata.

Em todo caso, forçoso observar que, na hipótese, muito embora o impetrante não tenha anexado aos autos prova de que seu nome se achava inscrito no CADIN, a autoridade tisanada de coatora, como frisei anteriormente, reconheceu como verdadeiro o fato sob testilha, suprindo, nesse particular, a deficiência instrumental de que padecia o instrumento de impetração.

Mas ao procedê-lo, escusou-se numa alegação que me passou despercebida num primeiro instante, mas com a qual me defrontei ao reexaminar os presentes autos sob a provocação do multi-citado e brilhante voto: segundo a mesma autoridade, o nome do impetrante já se encontrava escriturado na

divida ativa estadual ao tempo da sobredita recusa, por força de débitos contraídos pela empresa RADIER CONSTRUTORA LTDA, de sua titularidade.

Tal assertiva, às minhas instâncias, soou como uma invocação de um fato impeditivo da própria admissibilidade do mandado de segurança em espécie, cujo ônus probatório, a rigor, caberia ao seu subscrevente. No entanto, no universo ritualístico da ação mandamental, a regra do art. 333, II, do CPC não encontra terreno fértil; a uma porque as informações da autoridade supostamente coatora – que não figura como réu no mandado de segurança – não tem natureza jurídica de contestação; e a duas porque essas mesmas informações, em razão de sua origem, e do interesse público que as envolve, ostentam presunção *juris tantum* de veracidade.

Nesse contexto, em face desse atributo de que desfruta a afirmação sob testilha, o ônus de provar sua inveridicidade seria do próprio impetrante; sendo que este, para se desincumbir de tal encargo, precisaria necessariamente se socorrer de um aprofundamento probatório inevitável.

E é exatamente nesse ponto que a via mandamental se torna inóspita ao deslinde da postulação vertente; não porque o impetrante tenha deixado de juntar aos autos prova documental de suas alegativas; não, igualmente, porque tivesse o mesmo que provar, por mecanismos complexos, seu não enquadramento nas hipóteses do art. 135 do CTN; mas por força de controvérsia fática intercorrente, cuja eliminação mesmo que possível, desaguaria numa sistemática de produção de prova incompatível com o modelo ritualístico da ação constitucional disciplinada no art. 5º, LXIX, da Carta Republicana de 1988.

Nessas condições, recuando de meu posicionamento anterior, deixo de conhecer da presente ação mandamental, em face da necessidade intercorrente de dilação probatória que a incompatibilizou com o procedimento aqui opcionando, decretando, *ipso facto*, a extinção do processo sem resolução de mérito, nos termos do art. 267, IV, do Código de Processo Civil.

É como voto

Fortaleza, 20 de agosto de 2009.

2008.0036.3758-8/0 (28369-84.2008.8.06.0000/0)

MANDADO DE SEGURANÇA COM PEDIDO DE LIMINAR

IMPETRANTE: RICARDO ANTÔNIO MACEDO LIMA

IMPETRADO: SECRETÁRIO DE SEGURANÇA PÚBLICA DO ESTADO DO CEARÁ

RELATOR: DESEMBARGADORA MARIA SIRENE DE SOUZA SOBREIRA

CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. TRANCAMENTO DE PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR. EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE DO SERVIDOR SOB A ALEGATIVA DE PRESCRIÇÃO “INTERCORRENTE”. DECURSO DE MAIS DE CINCO ANOS ENTRE A ABERTURA DE SINDICÂNCIA E A INSTAURAÇÃO PROPRIAMENTE DITA DO PAD. DECADÊNCIA CONFIGURADA. TERMO INICIAL DE CONTAGEM COINCIDENTE, OU COM A DATA DA PUBLICAÇÃO DA PORTARIA ACUSATÓRIA, AOS 17/07/2007, OU COM APRESENTAÇÃO DE REQUERIMENTO ADMINISTRATIVO COM MENÇÃO EXPRESSA A EXISTÊNCIA DA MESMA PORTARIA, AOS 18/06/2008. AÇÃO AJUIZADA SOMENTE AOS 13 DE NOVEMBRO DE 2008. INTELIGÊNCIA DO ART. 23, DA LEI 12.016/2009. EXTINÇÃO DO PROCESSO COM RESOLUÇÃO DE MÉRITO.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Mandado de Segurança, nº 2008.0036.3758-8/0, o Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, por sua composição plenária, ACORDA em extinguir o processo com resolução de mérito, nos termos do voto condutor a seguir transcrito.

RELATÓRIO

Cuidam os presentes autos de mandado de segurança impetrado por Ricardo Antônio Macedo Lima, objetivando promover o trancamento de processo disciplinar instaurado em seu desfavor por ato do Exmo. Sr. Secretário de Segurança Pública e Defesa Social do Estado do Ceará.

No abono de sua postulação aduziu estar respondendo a processo administrativo disciplinar no âmbito da Secretaria de Segurança Pública, sob a acusação de abandono de cargo por período superior a 30 dias ininterruptos.

A esse respeito, disse o mesmo impetrante que, ao tomar ciência da suposta falta atribuída à sua conduta, a autoridade supostamente coatora, por meio da Portaria nº 30/2000, de 14/07/2000, determinou a abertura de uma sindicância investigativa, que só veio a ser finalizada 07 anos mais tarde, quando a mesma autoridade signatária das informações de fls. 349/354, acatando parecer do Corregedor-Geral, decidiu formalizar a persecução acusatória sobredita, por intermédio de outra Portaria, de referência 994/2007-GS, publicada no Diário Oficial aos 17/07/2008.

Sucedem que, a esse tempo, segundo o impetrante, sua punibilidade disciplinar já se encontrava extinta por força do advento da prescrição “intercorrente”; às suas impressões, com efeito, nos termos do 112, § 2º, da lei estadual nº 12.124/93, os lapsos prescricionais são contabilizados: entre a data do fato e abertura de sindicância; entre esta e a instauração do processo administrativo; ou em virtude do sobrestamento deste, desde que não ocasionado por ato do próprio servidor.

Desse modo, como o prazo de prescrição – que para a hipótese seria de 05 anos – foi interrompido com a deflagração do procedimento inquisitivo aos 14/07/2000, mas tornou a seguir seu curso logo no dia seguinte sem se sujeitar a nenhuma outra causa obstativa (tal como ocorre no processo penal ordinário), sua punibilidade disciplinar já se achava materialmente inviabilizada quando da instauração do processo administrativo correspondente, aos 17/07/2007.

Por força dessa constatação, o impetrante, aos 18/06/2008, manejou requerimento administrativo à autoridade competente pugnando pela extinção do processo disciplinar sob enfoque; no entanto, o pleito em questão restou indeferido aos 17/07/2008.

Esses, portanto, os acontecimentos que antecederam a impetração deste mandado de segurança, ajuizado, manifestamente, com o propósito trancar o processo administrativo instaurado em desfavor de seu requerente; este, por

sua vez, com base nas razões sobreditas, e se valendo do instrumento jurídico de que ora se cuida, pleiteou medida liminar e, no mérito pugnou pela concessão da segurança no sentido da anulação da Portaria nº 994/2007-GS, com todos os consectários fáticos e legais daí oriundos.

À inicial, juntou os documentos de fls. 13/335.

Inicialmente distribuídos à Relatoria do Eminentíssimo Des. João Byron de Figueiredo Frota, este denegou o requesto liminar, em decisão de fls. 340/342.

Às fls. 349/354 prestou informações o Secretário de Segurança Pública, pugnando pela denegação da segurança.

Autos com vistas ao Ministério Público, este emitiu parecer pelo improvidimento da ordem, conforme opinativo de fls. 373/377.

Conclusos por redistribuição, em virtude de o Relator original ter acedido ao posto de Corregedor-Geral de Justiça, vieram-me definitivamente os autos aos 09 de julho de 2009.

É o relatório.

VOTO

Ao que se depreende dos arrazoados de preâmbulo, o aqui impetrante fez uso da presente ação mandamental como instrumento obstativo de persecução disciplinar manejada em seu desfavor no âmbito da Secretaria de Segurança Pública, sob a alegação de que a pretensão sancionadora do Estado, esgrimida por tal intermédio, restara alcançada pelo advento prescricional, estabelecido na conformidade do art. 142, III, da lei nº 12.124/93

Às suas digressões, o decurso de mais de 07 (sete) anos entre a abertura de sindicância para fins de tal investigação, e a instauração do correspondente processo administrativo disciplinar resultou, nos ditames da legislação de regência, na consumação do lapso infirmativo de sua punibilidade, em proveito último da manutenção de seu vínculo estatutário sob vertente ameaça.

Em defesa desse raciocínio, sustentou que, nos termos do § 2º, do art. 112, da norma sobredita, os intervalos temporais havidos entre a data do fato e a deflagração investigatória são inteiramente contabilizados para efeito de ulatimação do desiderato estatal repressivo, de forma análoga como o são, no procedimento penal ordinário, os espaços de tempo entre o recebimento da denúncia e a sentença condenatória recorrível, e entre esta e o julgamento do recurso interposto exclusivamente pelo réu.

Diversamente, embora fazendo emprego da mesma técnica de colmatação de lacunas legais pelo critério da analogia, a autoridade supostamente

coatora defendeu, sob o amparo da aplicação subsidiária do art. 213 do CPC, que a interrupção do prazo prescricional decorrente da instauração de procedimento inquisitivo, desfruta de uma eficácia intermitente – tal como a citação válida no processo civil – até a data da publicação do último ato do processo em que a mesma se desencadeou, ou *mutatis mutandis*, até a data da cientificação pessoal da decisão administrativa de derradeira instância.

Eis o perfil da controvérsia em deslinde submetida à consideração desta Corte. No entanto, antes de seu enfrentamento, uma questão de fundamental importância há de ser analisada a título de verdadeira premissa; com efeito, ao ajuizar a presente ação de mandado de segurança com o finalidade de promover o trancamento de persecução administrativa instaurada em seu desfavor, a impetrante delimitou o objeto de sua insurgência no próprio ato de instauração do processo disciplinar, editado, às suas impressões, sob abusiva e intolerável ignorância da consumação do prazo prescricional correspondente.

Nesse contexto, se a pretensão presentemente vindicada coincide com o reconhecimento da prescrição disciplinar “intercorrente”, me parece que o termo inicial de exercício do direito de impetração de mandado de segurança vocacionado à supressão de tal suposta ilegalidade, coincide não com a data do indeferimento de pedido administrativo específico e voluntário de pronunciamento da prescrição (aos 17/07/2008), mas com a própria data em que o impetrante tomou ciência da abertura do processo acusatório em seu demérito, o que ocorreu – senão quando da publicação do respectivo ato no órgão oficial de imprensa, aos 17/07/2007 – na ocasião em que o mesmo aos 18/06/08, formulou o aludido pleito não-judicial de extinção de sua punibilidade, fazendo, no ensejo, expressa menção à existência da Portaria Executiva nº 994/2007-GS.

Todavia, a presente demanda somente veio a ser ajuizada aos 13 de novembro de 2008, oportunidade em que, quer se leve em conta este ou aquele marco inicial de contagem, já se achava consumado, sob a inteligência do art. 18 da proscrita lei 1.533/51, o prazo para o exercício, com esse objeto, da ação constitucional de que trata o inciso LXIX da Carta Republicana de 1988.

Nessas condições, pronuncio a decadência da impetração, e decreto, com esteio nos arts. 23, da lei 12.016/09, e 269, IV, do Código de Processo Civil, a extinção do processo com resolução de mérito, por ser essa medida que reputo escoreita e adequada ao deslinde da situação vertente.

É como voto.

Fortaleza, 19 de novembro de 2009.

Jurisprudência Criminal

Apelação Penal

Nº 2000.0142.0632-4/1

APELAÇÃO CRIME (DE CAUCAIA)

APELANTE: FRANCIMAR CARDOSO MENDONÇA

APELADA: A JUSTIÇA PÚBLICA

RELATOR: DES. LUIZ GERARDO DE PONTES BRÍGIDO

-APELAÇÃO CRIME.

-PRESO EM FLAGRANTE O APELANTE, INDIVÍDUO QUE OSTENTA ALENTADA FICHA CRIMINAL POR DELITOS SERIADOS CONTRA O PATRIMÔNIO, NA POSSE DA RES FURTIVA, SEM OFERECER EXPLICAÇÃO PLAUSÍVEL PARA TAL, A PRESUNÇÃO DA SUA RESPONSABILIDADE, INVERTIDO O ÔNUS DA PROVA, SE CONVERTE EM CERTEZA, AUTORIZANDO A CONDENAÇÃO. A MAIS, PORQUE CONFIRMADA, POR UMA DAS VÍTIMAS, A AÇÃO DELE, ACUSADO, COMO GUIADOR DO CARRO UTILIZADO PARA A FUGA, DO QUAL FORAM DESENTOCADOS OS OBJETOS LARAPIADOS.

-CONTRA-SENSO DEFENSÓRIO, QUE EXPRESSA POUCA INTELIGÊNCIA, ESSE O DE ALEGAR INOCÊNCIA E PUGNAR, ALTERNATIVAMENTE, PELA DESCLASSIFICAÇÃO DOS CRIMES PARA A FORMA TENTADA. NEGATIVA DE AUTORIA E TENTATIVA SÃO NOÇÕES ANTITÉTICAS. NAQUELA O AGENTE DIZ QUE NÃO COMETEU O CRIME. NESTA, NECESSARIAMENTE, ELE PRATICOU ATO DE EXECUÇÃO, MAS NÃO CONSUMOU O ATO ILÍCITO POR CIRCUNSTÂNCIAS ACIDENTAIS. DE FATO, É O MESMO QUE DIZER: “NÃO FIZ, MAS FIZ”.

-CONHECIDA, TODAVIA IMPROVIDA.

-DECISÃO UNÂNIME.

Vistos, relatados e discutidos estes autos acima identificados.

1 – O recorrente volta o apelo contra a decisão que o condenou a seis anos de reclusão, regime inicialmente fechado, pela prática de dois furtos qualificados pelo concurso de agentes, em concurso material. Pede, de início, a substituição do decreto *a quo* por outro absolutório, ao singelo argumento de que é inocente. Em seguida, aduz que os crimes não se consumaram, já que os bens surrupiados foram devolvidos às vítimas, pelo que requer, alternativamente, a desclassificação dos fatos delituosos para a forma tentada dos crimes.

Apelo confutado pela Promotoria, autos nesta instância revisora, a PGJ, em parecer, sugere o desprovimento da insurgência.

É o relatório.

2 – Início da tarde de 28 de dezembro de 1997, Icaraí, Caucaia, Gildo Cardoso Viana Neto, já falecido, e Carlos Alberto da Silva Lima, menor, arrombaram o fusca, placas HUA-8927, e dele subtraíram o toca-fitas, escapulindo, em seguida, no monza, placas HVH-3975, guiado pelo apelante, que os aguardava próximo ao local para facilitar-lhes a fuga. Pouco depois, na mesma rua e com o mesmo modus operandi, o trio furtou o toca-fitas do veículo gol, placas HUW-7714, de propriedade de Leonardo Alves Magalhães. Acionada pela primeira vítima, a Polícia Militar, em bem-sucedida diligência pela área, surpreendeu os três larápios ainda na posse dos objetos furtados, entocados no porta-malas do veículo do réu.

Do que se infere dos autos, o recorrente, com objetiva participação nas ações delituosas, foi preso em flagrante na posse dos toca-fitas furtados e não ofereceu explicação razoável para o ocorrido. Afirmou, e sucintamente, que apenas deu uma “carona” aos outros dois gatunos. Ora, “em se tratando de crime de furto, a res furtiva em poder de pessoa sobre quem recaem suspeitas de autoria, invertendo o ônus da prova, impõe-lhe justificativa inequívoca, sem a qual a presunção se transmuda em certeza, autorizando o desate condenatório” (JUTACRIM-SP vol. 24, p. 330).

Ponha-se em relevo, a mais, que ele, apelante, tem mestrado na faculdade da malandragem. Vê-se, de feito, que está enrascado em quatro processos por furto e três por receptação, o que, só por só, desmoralizaria a evasiva defensiva, melhor, a desculpa “amarela” oferecida em juízo. Além disso, a proprietária do fusca presenciou toda a ação dos larápios. Desde o arrombamento do seu veículo até a fuga no carro conduzido pelo apelante. Nesses casos, é cediço, “a palavra da vítima é de suma relevância, máxime por dizer respeito ao proceder de pessoas desconhecidas, donde nenhum interesse em incriminá-las gratuitamente” (JUTACRIM-SP vol. 22, p. 331).

O pedido alternativo, por sua vez, é totalmente despropositado. A uma, porque “consuma-se o delito de furto quando a res furtiva sai da esfera de vigilância da vítima e passa para a posse do agente, depois de percorrido o iter criminoso, não havendo que se falar em tentativa, pouco importando o fato de a res ter sido posteriormente recuperada” (RT vol. 744, p. 638); e, a duas, pelo evidente contra-senso defensivo de alegar a inocência e pugnar pela desclassificação. Negativa de autoria e tentativa são noções antitéticas. Naquela o agente diz que não cometeu o crime. Nesta, necessariamente, ele praticou ato de execução, mas não consumou o ato ilícito por circunstâncias acidentais. De fato, é o mesmo que dizer : “não fiz, mas fiz”.

Condenação vibrantemente motivada. Vai então, irreparável, devendo ser mantida diante do conjunto de indícios de validade indiscutível no contexto do material formador da convicção.

3 – Do que posto, ACORDA a 1ª CÂMARA CRIMINAL do TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO CEARÁ, à unanimidade, em negar provimento ao apelo.

Fortaleza, CE, 5 de fevereiro de 2007.

Nº 2000.0147.8990-7/1 APELAÇÃO CRIME
COMARCA: ALTO SANTO
APELANTE: MANUEL VICENTE DA SILVA
APELADA: A JUSTIÇA PÚBLICA
RELATOR: DES. EYMARD DE AMOREIRA

EMENTA: TRIBUNAL DO JÚRI – CRIMES DOLOSOS CONTRA A VIDA – PENAL – PROCESSUAL – AUSÊNCIA DE ALEGAÇÕES FINAIS – NULIDADE ABSOLUTA.

1. O tema em tablado, ausência de alegações postumeiras em sede de processo crime, em que pese já haver, outrora, causado certa hesitação entre os aplicadores do direito, havendo quem defendesse não se constituir causa de nulidade do processo quando facultada à parte a oportunidade de oferecê-las, hoje, contudo, não mais pode ser posta em xeque, à vista da amplitude e importância com que se tem tratado a questão da ampla defesa, erigida constitucionalmente à garantia fundamental dos litigantes em processo judicial e administrativo, e dos acusados em geral (art. 5º, inciso LV, da Constituição Federal de 1988). Precedentes (RT 687/375 e RT 623/375).
2. Decisão unânime.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de apelação crime, nº 2000.0147.8990-7/1, de Alto Santo, em que é apelante Manuel Vicente da Silva e apelada a Justiça Pública.

Acorda a Turma, por unanimidade de votos, em acolher a primeira preliminar suscitada para, anular o processado, a fim de que sejam apresentadas as alegações finais do apelante, em dissensão com o parecer da douta Procuradoria Geral de Justiça.

Manuel Vicente da Silva, qualificado nos autos, após 15 (quinze) anos foragido da Justiça, foi levado a julgamento perante o Tribunal do Júri Popular da comarca de Alto Santo, como incurso nas penas do art. 121, § 2º, IV do Código Penal Nacional.

O Conselho de Sentença, houve por desclassificar o crime para homicídio privilegiado, § 1º do art. 121, do Código Penal, logrando condenado, por sentença, a uma pena de 05 (cinco) anos de reclusão, a ser cumprida em regime inicialmente semi-aberto.

O apelante não conformado com a decisão, interpôs o presente apelo, com amparo no art. 593, II, “b”, “c” e “d”, do Código de Processo Penal, alegando preliminarmente, que houve nulidade absoluta no processado, pela falta de alegações finais da defesa e falta de interrogatório logo após a prisão do réu e, subsidiariamente, que a pena aplicada está contrária à lei expressa ou à decisão dos jurados e, por fim, que a decisão foi manifestamente contrária à prova dos autos, devendo ser submetido a um novo júri.

Apelo devidamente contra-arrazoado às fs.243/250, altercando o improvimento do apelo.

Nesta Instância Superior os autos foram com vista a douta Procuradoria Geral de Justiça que, com o parecer de fs. 252/261, opinou pela manutenção da decisão recorrida.

É o relatório.

Na espécie, há de se observar, desde logo, a ocorrência de nulidade insanável do feito compelido, haja vista que fora o apelante processado e condenado sem que tenham sido apresentadas as suas alegações finais, a despeito de intimado seu defensor para tanto.

Com efeito, o processado remonta o ano de 1990, bem antes da vigência da Lei nº 9.271, de 17 de abril de 1996, que deu nova redação ao art. 366 do Código de Processo Penal.

Às fs. 52, foi decretada a revelia do apelante e nomeado pelo Juízo o Dr. Antônio Júlio Brilhante para patrocinar a defesa sendo, naquela oportunidade, determinada a sua intimação para apresentar a defesa prévia.

Às fs. 53, o advogado nomeado diz “que deixa de apresentar defesa prévia para apresentar DEFESA COMPLETA, com as alegações finais”.

Sucedeu que, o advogado, apesar de intimado, deixou transcorrer *in albis* o prazo assinalado para apresentar as alegações finais (fs.92), vindo, seguidamente, a sentença de pronúncia (fs.94/95).

O tema em tablado, ausência de alegações postumeiras em sede de processo crime, em que pese já haver, outrora, causado certa hesitação entre os aplicadores do direito, havendo quem defendesse não se constituir causa de nulidade do processo quando facultada à parte a oportunidade de oferecê-las, hoje, contudo, não mais pode ser posta em xeque, à vista da amplitude e importância com que se tem tratado a questão da ampla defesa, erigida constitucionalmente à garantia fundamental dos litigantes em processo judicial e administrativo, e dos acusados em geral (art. 5º, inciso LV, da Constituição Federal de 1988).

Com efeito, os Tribunais Superiores, em consonância com a melhor doutrina, têm acolitado a providência nulificatória apregoada, numa demonstração de respeito e apreço aos direitos dos acusados, *verbis*:

STF: “Nulidade. Falta de defesa. Inércia do defensor do acusado. Alegações finais não apresentadas. Inegável prejuízo para defesa. Inteligência e aplicação dos arts. 5º, LV, da CF de 1988, 261 e 564, III, “c”, do CPP” (RT 687/375).

STF: “Alegações finais. Advogado constituído. Sentença. As alegações finais do réu são peça essencial do processo crime, e o juiz não deve sentenciar antes de suprir a omissão do defensor” (RT 623/375).

STJ – “As alegações derradeiras, imediatamente anteriores ao *judicium causae*, são peças essenciais do processo crime e a sua falta compromete a ampla defesa e a próprio contraditório. *Writ* deferido” (HC 15.543-CE – DJU de 04.06.2001, p. 199)

O saudoso Professor Júlio Fabbrini Mirabete, autoridade consagrada no processo penal brasileiro, a respeito do assunto, já consignava em seu Código de Processo Penal Interpretado, 1994, pág. 578, que, *in litteris*:

“A falta de alegações finais pelo acusado é causa de nulidade. Afirma-se que o oferecimento de razões finais é termo essencial do processo, já que a omissão causa o esvaziamento do princípio do contraditório, deixando de se expor as pretensões da defesa. Além disso, o Código sempre exige o oferecimento de defesa, referindo-se a esta nos artigos 262, 382, II, 564, III, “c”, etc. (Súmula 523 do STF). Assim, a falta de alegações finais, ainda que notificado o defensor constituído para oferecê-las, implica nulidade absoluta. Ao juiz cabe designar advogado para apresentar as alegações finais se o defensor do réu se omite” (Júlio Fabbrini Mirabete, *in*).

À luz de todo o exposto, e na esteira do enunciado da Súmula 523 do STF, mormente diante da situação concreta emergida dos autos, não há como se furtar o julgador da declaração de nulidade do provimento jurisdicional vergastado, na medida em que malferiu, irremediavelmente, o direito de defesa do paciente, causando-lhe sensível prejuízo, conseqüências estas, aliás, até dispensáveis de serem demonstradas, a considerar estarmos tratando de nulidade absoluta.

Nestas condições, conheço desta primeira nulidade suscitada para anular o processado, a fim de que sejam oferecidas as alegações finais do apelante, por seu procurador constituído ou, senão, por defensor dativo, o que faço em dissensão com o parecer da douta Procuradoria Geral de Justiça.

É como voto.

Fortaleza, 28 de abril de 2008.

Nº 2000.0170.4978-5/1 APELAÇÃO CRIME
COMARCA: LIMOEIRO DO NORTE
APELANTE: RAIMUNDO NONATO DA SILVA
APELADA: A JUSTIÇA PÚBLICA
RELATOR: DES. EYMARD DE AMOREIRA

EMENTA: PENAL E PROCESSUAL PENAL - ESTUPRO - VÍTIMA MENOR DE QUATORZE ANOS - VIOLÊNCIA PRESUMIDA - PALAVRA DA VÍTIMA - VALOR PROBANTE - DESCOMPASSO COM O CONJUNTO PROBATÓRIO - FRAGILIDADE PROBATÓRIA - APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DO *IN DUBIO PRO REO*. ABSOLVIÇÃO POR INSUFICIÊNCIA DE PROVAS. APELO PROVIDO.

1. DAS PRELIMINARES: Roga o apelante em seu recurso pela anulação do processo, afirmando que a representação existente nos autos não legitima o devido trâmite processual, pois se trata de representação de autoria do Conselho Tutelar e não dos representantes legais da vítima. Embora a lei não exija formalidades para o ato da representação, devendo apenas restar demonstrada a vontade inequívoca do responsável do menor de ver o autor da infração processado, consta no processo *sub examine*, que o genitor da vítima, por advogado constituído, representou formalmente contra o apelante, às fls. 35/36, com o fito de vê-lo devidamente processado.

2. No que tange a preliminar acerca da inobservância dos arts. 68 e 59 do CP, igualmente não merece guarida, pois, conforme se depreende dos fólios, o magistrado julgou com estrita observância às regras de dosimetria da pena. Desse modo, não conheço das preliminares argüidas.

3. DO MÉRITO: Consta da denúncia que a menor vitimada é cunhada do apelante e reside juntamente com ele e sua irmã desde que tem 05 (cinco) anos de idade, até que em 12 de fevereiro de 1999, aos seus 13

anos de idade, o apelante, mediante uso de força, constrangeu a mesma a manter com ele conjunção carnal.

4. É certo que nos delitos contra os costumes, por sua própria natureza, são praticados na ausência de testemunhas, razão pela qual a palavra da vítima assume excepcional relevância. No entanto, para que a versão da vítima tenha força de promover a condenação do acusado, faz-se necessário que seja coerente e harmoniosa com os demais elementos dos autos.

5. *In casu*, o que se percebe é a existência de ambigüidades e imprecisões entre as declarações da vítima e as provas dos autos. Também, acura-se que o juízo sentenciante laborou com equívoco ao julgar procedente a denúncia e condenar o apelante por estupro presumido, pois, embora não remanesçam dúvidas quanto ao desvirginamento da vítima, o Exame de Corpo de Delito, ao qual a menor foi submetida no mesmo dia do fato delituoso, certificou que o defloramento não teve origem recente, que não existia qualquer sinal de violência, nem tampouco vestígios que pudessem comprovar nitidamente a autoria do apelante, contradizendo firmemente a versão da vítima.

6. Apelo provido.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de apelação crime, nº 2000.0170.4978-5/1, de Limoeiro do Norte, em que é apelante Raimundo Nonato da Silva e apelada a Justiça Pública.

Acorda a Turma, por unanimidade de votos, em conhecer do apelo, para lhe dar provimento, assim como opinou a douta Procuradoria Geral de Justiça.

Raimundo Nonato da Silva, vulgo “Negro Velho”, qualificado nos autos, manejou o presente apelo contra a decisão do Juiz da 2ª vara da comarca de Limoeiro do Norte que o condenou a uma pena de 07 (sete) anos e 06 (seis) meses de reclusão em regime integralmente fechado, como incurso no art. 213 c/ c art. 224, alíneas “a” e “c”, do Código Penal Nacional e art. 1º, inciso V da Lei nº 8.072/90, sob acusação de no dia 12 de fevereiro de 1999 ter forçado sua cunhada, a menor *Maria Jucileide Rubens Saldanha*, a consigo praticar conjunção carnal. Diz a denúncia ministerial que o crime ocorreu na residência do apelante, onde a vítima residia com a irmã e seu marido, o ora apelante, desde seus 05 (cinco) anos de idade, por ocasião da morte de sua mãe.

Argúi em sua defesa às fls. 109/131, a anulação do julgado por ausência de representação, e pela inobservância do art. 68 do CP, que levou o magistrado a fixar pena acima do mínimo legal. No mérito, afirma insuficiência de provas que possa contribuir para formar o juízo de sua culpabilidade, pugnando ao fim por sua absolvição.

Apelo devidamente contrariado às fls.155/158, requerendo a confirmação da decisão recorrida.

Nesta Superior Instância, os autos foram com vista à douta Procuradoria Geral de Justiça, que em seu parecer de fls. 166/169, opinou pelo provimento do recurso com base no princípio de *in dubio pro reo*.

É o relatório.

DAS PRELIMINARES

Roga o apelante em seu recurso pela anulação do processo, afirmando que a representação existente nos autos não legitima o devido trâmite processual, pois se trata de representação de autoria do Conselho Tutelar e não dos representantes legais da vítima.

Ora, embora a lei não exija formalidades para o ato da representação, devendo apenas restar demonstrada a vontade inequívoca do responsável do menor de ver o autor da infração processado, consta no processo *sub examine*, além daquela já mencionada, que o genitor da vítima, por advogado constituído, representou formalmente contra o apelante, às fls. 35/36, com o fito de vê-lo devidamente processado. Nesse sentido, é a jurisprudência de nosso Tribunal Superior:

PENAL E PROCESSUAL PENAL. ART. 213 E 214 C/C ART. 224, ALÍNEA A, DO CP. HIPÓTESE DO ART. 225, § 1º, DO CP. AÇÃO PENAL PÚBLICA CONDICIONADA. EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE PELA DECADÊNCIA DO DIREITO DE REPRESENTAÇÃO. INOCORRÊNCIA. REPRESENTAÇÃO OFERECIDA PELO PAI DA VÍTIMA DENTRO DO PRAZO LEGAL.

I - Em se tratando de crime de ação penal pública condicionada, a representação, como condição de procedibilidade, não possui forma sacramental, prescindindo, assim, de maiores formalidades, bastando a manifestação inequívoca da vontade da vítima ou seu representante para que se apure a responsabilidade criminal do agente. (Precedentes). (HC 66713/RJ - 2006/0205355-0 - Ministro FELIX FISCHER - QUINTA TURMA - DJ 27.08.2007 p. 279)

No que tange a preliminar argüida às fls. 109, acerca da inobservância dos arts. 68 e 59 do CP, igualmente não merece acolhida, pois, conforme se depreende dos fólhos, o magistrado julgou com estrita observância às regras de dosimetria da pena, levando em consideração a personalidade do agente, a relação social que vinculava apelante/vítima e todas as demais circunstâncias, de forma que restou justificada a fixação da pena nos termos elaborados pelo juiz *a quo*.

Desse modo, rejeito as preliminares argüidas.

DO MÉRITO

Consta da denúncia que a menor vitimada é cunhada do apelante e reside juntamente com ele e sua irmã desde os 05 (cinco) anos de idade, até que em 12 de fevereiro de 1999, aos seus 13 anos de idade, o apelante, mediante uso de força, constrangeu a mesma a manter com ele conjunção carnal.

Procura o apelante, a par de suas razões, demonstrar que não existem provas suficientes a ensejar sua condenação, pois os testemunhos de acusação fundamentaram seus depoimentos apenas naquilo que a própria vítima lhes contara, sem que qualquer um deles tenha testemunhado o fato ora apurado nos autos.

É certo que os delitos contra os costumes, pela sua própria natureza, em regra, são praticados na ausência de testemunhas, razão pela qual a palavra da vítima assume excepcional relevância. No entanto, para que a versão da vítima tenha força de promover a condenação do acusado, faz-se necessário que seja coerente e harmoniosa com os demais elementos dos autos, conforme traz a jurisprudência:

TJSP – “Nos delitos de natureza sexual a palavra da ofendida, dada a clandestinidade da infração, assume preponderante importância, por ser a principal senão a única prova de que dispõe a acusação para demonstrar a responsabilidade do acusado. Assim, se o relato dos fatos por vítima menor é seguro, coerente e harmônico com o conjunto dos autos, deve, sem dúvida, prevalecer sobre a teimosa e isolada inadmissão de responsabilidade do réu”.

No entanto, compulsando os autos acura-se que o júízo sentenciante laborou com equívoco ao julgar procedente a denúncia e condenar o apelante por estupro presumido, pois, embora não remanesçam dúvidas quanto ao desvirginamento da vítima, o Exame de Corpo de Delito, acostado às fls. 08, no qual a menor foi submetida no mesmo dia do fato delituoso, certificou que além do *defloramento não ter origem recente, não existia qualquer sinal de violência, nem tampouco vestígios* que pudessem comprovar nitidamente a

autoria do apelante, contradizendo firmemente a versão da vítima. Nesse entendimento, é a jurisprudência da maioria de nossos Tribunais:

PENAL - ESTUPRO - VIOLÊNCIA OU GRAVE AMEAÇA - DIVERGÊNCIA ENTRE O DEPOIMENTO DA VÍTIMA E O LAUDO PERICIAL - AUSÊNCIA DE OPOSIÇÃO SINCERA E INEQUÍVOCA RESISTÊNCIA DA VÍTIMA – 1. Ante as declarações da vítima de que foi arrastada e muito espancada pelo réu, para ceder aos seus anseios, há de prevalecer o laudo pericial que concluiu pela existência de duas discretas equimoses? uma na região dorsal direita e outra na face esquerda, próprias de ato sexual praticado no chão – 2. A palavra da vítima só ganha relevo se harmônica com o conjunto probatório que demonstrou não ter havido oposição sincera e inequívoca resistência de sua parte, com que poderia ter evitado o ato - 3) Recurso provido. (ACr nº 0615/96 - AMAPÁ - CÂMARA ÚNICA - Rel. Des. DÔGLAS EVANGELISTA - J. 13/10/98 - D.O.E. nº 1921 de 30/10/98 - Unânime).

Na verdade, os únicos elementos probatórios que apontam para o apelante como autor do crime são as declarações da vítima, pois, como já afirmado outrora, todos os testemunhos acusatórios apenas retransmitiram o que ouviram a vítima dizer, levando à conclusão de incredibilidade, eis que restou controversa e duvidosa a prática delitiva imputada ao apelante. Além do mais, anteriormente a isso, nunca existiu qualquer fato que desabonasse a conduta do apelante em relação a mesma.

Pois bem. O que se percebe é a existência de ambigüidades e imprecisões entre as declarações da vítima e as provas dos autos. Veja que inicialmente, ainda na fase inquisitorial, às fls. 16, a vítima afirma que o apelante no dia 09 de fevereiro de 1999, segurou-a pelo braço, tapou sua boca com a mão e violentou-a. Após, lhe ameaçou de morte caso contasse o ocorrido para alguém.

Já na fase judicial deu outra versão para a ocorrência do fato, afirmando que ainda era moça quando estava embalando sua sobrinha e o apelante a arrastou até seu quarto e violentou-a, deixando rastros do abuso em seu corpo e sobre a cama de sua irmã (fls. 56).

Não obstante a tudo isso, há de se notar que também vieram aos autos informações acerca de um relacionamento anterior da vítima com outro senhor, e as testemunhas de defesa são unânimes em afirmar que os horários de trabalho do apelante não condizem com àquele afirmado pela vítima como momento

do crime, asseverando que no dia e hora do fato o apelante encontrava-se trabalhando.

Desse modo, não havendo harmonia entre os depoimentos da vítima e as demais provas acarreadas na persecução penal, restando à palavra da vítima o único elemento probatório que aponta para autoria do apelante, não há como subsistir o decreto condenatório, porquanto se exige para a condenação em processo penal, certeza absoluta e incontestável quanto ao fato punível. Vejamos:

DIREITO PENAL. ESTUPRO. DESCLASSIFICAÇÃO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL. PROVA. ABSOLVIÇÃO. Em não havendo harmonia entre os fatos e as declarações da vítima, e sendo elas os únicos elementos de prova e, em havendo dúvidas, também, quanto ao constrangimento ilegal, impõe a absolvição do réu. (TJDF - ACr 17.504/97 - Rel. Des. JOAZIL M. GARDÉS - J. 30.04.98).

De mais a mais, a culpa como elemento normativo do tipo penal, prescinde ficar ostentada nos autos de forma incontroversa, para que se admita a prolação de uma sentença condenatória, não bastando, para tanto, meras cogitações acerca do comportamento delituoso do acusado.

Portanto, não demonstrado onexo causal entre o comportamento do apelante e o resultado crime, não há que se falar em culpa do agente. Não comprovada a autoria inequívoca do recorrente, é imperativo a homenagem ao *princípio in dubio pro reo*.

Assim, como no Processo Penal vigora o princípio da verdade real, o Juiz, em razão de sua livre convicção quanto ao conjunto probatório, tem o dever de investigar os fatos que se passaram na realidade, não se conformando com a verdade formal apresentada por qualquer das partes, e somente julgar conforme seu entendimento acerca dos fatos, não podendo prevalecer decisão alicerçada em simples indícios.

Por todo o exposto, face a incerteza que a prova me propicia, entendo merecer reparo o decreto condenatório do apelante, pelo que dou provimento ao seu recurso, para absolver Raimundo Nonato da Silva do decreto condenatório do juízo *a quo*, nos termos do art. 386, VI, do Código de Processo Penal, o que faço em consonância com o parecer da douta Procuradoria Geral de Justiça.

É como voto.

Fortaleza, 19 de agosto de 2008.

Nº 2001.0000.7899-8/0

APELAÇÃO CRIMINAL (DE FORTALEZA)

APELANTE: CARLOS EDUARDO CAMPOS DE CARVALHO

APELADA: A JUSTIÇA PÚBLICA

RELATOR: DESEMBARGADOR LUIZ GERARDO DE PONTES BRÍGIDO

-ASSALTO.

-NEGATIVA DE AUTORIA.

-SE O ACUSADO ACODE-SE DE ÁLIBI PARA SUGERIR INOCÊNCIA NÃO CORRE À PROMOTORIA PROVAR QUE ELE, NO DIA DO CRIME, NÃO ESTAVA NO DISTRITO DA CULPA. PELO CONTRÁRIO, OPERA-SE INVERSÃO DO *ONUS PROBANDI*, TOCANDO EXCLUSIVAMENTE AO RÉU A PROVA DE QUE SE ENCONTRAVA EM LUGAR DIVERSO. “SE ALEGAR E NÃO PROVAR, A DECEPÇÃO TAMBÉM SERÁ SUA” (FERNANDO DA COSTA TOURINHO FILHO).

-É PROVA LIMPA E SEGURA DA CO-AUTORIA DO ASSALTO O RECONHECIMENTO DO AGENTE EFETUADO EM SALA DE AUDIÊNCIAS POR QUATRO VÍTIMAS DO CRIME, DISPENSÁVEL A REALIZAÇÃO DO ATO RECOGNITIVO COM AS FORMALIDADES DO ART. 226 DO CPP. “ADEMAIS, COMO OS ATOS PROCESSUAIS NÃO TÊM LUGAR NO REINO DA FANTASIA, É DE BOM SENSO CONSIDERAR QUE A REALIDADE PRÁTICA, CARACTERIZADA POR SOBRECARREGADAS PAUTAS DE AUDIÊNCIAS, DIFICILMENTE POSSIBILITA QUE O RÉU SEJA COLOCADO ‘AO LADO DE OUTRAS PESSOAS’ QUE COM ELE ‘TIVERAM SEMELHANÇAS’ ” (VOLNEY CORRÊA LEITE DE MORAES JR.).

- PRECEDENTE DO STF: HC N. 67.969-2 – SP – 2ª T – REL. MIN. CARLOS VELOSO, RT 666/

**379-84.
-APELAÇÃO DESPROVIDA À
UNANIMIDADE.**

Vistos, relatados e discutidos.

1 – Sentenciado a seis anos de reclusão, regime fechado, pela espécie típica do art. 157, § 2º, I e II, do CP (assalto), o recorrente, supranomeado, declara-se inocente, pois, assevera, no dia do fato estaria fora desta Capital. De resto, insuficiência de provas para a condenação, por onde o pedido de reforma da decisão impugnada.

Com a contrariedade da Promotoria, autos nesta instância, a PGJ, em parecer, é pelo desprovimento do recurso.

É o relatório, em síntese.

2 – Consta dos autos que após demoradas investigações policiais o apelante foi identificado como sendo um dos quatro indivíduos que, pelas sete horas da manhã de 26 de junho de 2000, invadiram a Sorvane S.A., bairro de Carlito Pamplona, em Fortaleza, renderam o pessoal do escritório da empresa e, a seguir, fugiram carregando quase dezoito mil reais em dinheiro vivo e cheques.

O apelante nega ter participado do assalto. No dia do evento punível estaria no Maranhão. No particular, toma-se por empréstimo a anotação de Fernando da Costa Tourinho Filho: “ Se o réu invoca um álibi, o ônus da prova é seu. (...) Se alegar e não provar, a decepção também será sua” (Código de processo penal comentado, vol. I, 8ª ed., São Paulo, Editora Saraiva, 2004, p. 465).

O apelante não conseguiu dar substância à escamoteação defensiva. As testemunhas arroladas pela defesa referiram-se muito acanhadamente ao álibi. E assim embaraçadas, irresolutas, seus depoimentos refletiram-se faltos de influência persuasiva a favor da tese da negativa de autoria – frise-se, *en passant*, abertamente desmoralizada pela prova da acusação.

De feito, folheados os autos, descobre-se que cinco empregados da empresa, vítimas das intimidações dos assaltantes, reconheceram, em juízo, o apelante como um dos ladrões. E que fizeram isso de modo sereno, mas desassombrado, sobremodo tranqüilo, do que ficou ressaltada, limpa e claramente, a criminalidade que o apelante descocadamente insiste em desmentir com o desfiar de álibi marcado pelo superlativo viés de “conversa mole”.

Relevo especial para um pomenor. O assalto não foi realizado em segundos. A prática delitiva consumiu minutos. E os assaltantes, ousados como

todos os assaltantes, não usaram máscaras. Debaixo de armas por angustiantes momentos, os trabalhadores rendidos, é, ululante, guardaram na memória a fisionomia dos ladrões, o que é mais do que natural em face das circunstâncias do crime. E não aproveita ao apelante o caviloso argumento de que o seu unânime reconhecimento seria nulo, sem préstimo de prova, porque não seguiu o ritual dos inc.s. I a IV do art. 226 do CPP. “Como têm entendido, tranqüilamente, doutrinadores e juízes” – registra Weber Martins Batista -, “o reconhecimento realizado sem as formalidades exigidas em lei, notadamente aquele que ocorre em juízo, vale como prova indiciária e pode ser o elo que faltava para conduzir à condenação pela certeza da autoria. É o que têm afirmado os Tribunais.” (O furto e o roubo no direito e no processo penal – doutrina e jurisprudência, São Paulo, Editora Forense, 1987, p. 441). E é verdade. Tanto assim que já está sedimentado no STF a idéia de que, *verbis*, “é irrelevante o fato de o reconhecimento ter-se efetivado sem observância das formalidades inscritas no art. 226, II, do CPP se efetivado através de depoimento de testemunha ratificado quando posteriormente reinquirida em audiência à qual presente o defensor (...) do acusado” (HC n. 67.969-2 – SP – 2ª T – j. 28-8-90, rel. Min. Carlos Veloso – RT 666, p.379/384). Se é idôneo para a definição da culpa do réu de assalto o reconhecimento judicial de uma só testemunha, que dizer, então, do reconhecimento partido de quatro pessoas.

Enfim, e para liquidar o assunto, de lembrar-se o elegante magistério de Volney Corrêa Leite de Moraes Jr., nos termos seguintes, com a acuidade própria dos grandes juristas: “A mera confirmação de ato recognitivo, levada a cabo em sala de audiências, estando testemunhas e/ou vítima e réu *vis a vis*, não está sujeita às formalidades indicadas no art. 226 do Código de Processo Penal, muito particularmente e prevista no inciso II, que, de resto, se subordina à cláusula de possibilidade (se possível). “Ademais, como os atos processuais não têm lugar no reino da fantasia, é de bom senso considerar que a realidade prática, caracterizada por sobrecarregadas pautas de audiências, dificilmente possibilita que o réu seja colocado ‘ao lado de outras pessoas’ que com ele ‘tiveram semelhança’ ” (Em torno do roubo, São Paulo, Editora Millennium, 2003, p. 56).

3 – Do que posto, ACORDA a 1ª CÂMARA CRIMINAL do TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO CEARÁ, à unanimidade, em conhecer da apelação, mas para negar-lhe provimento, confirmada a sentença recorrida, nos dizeres do voto do Relator, em consonância, ainda, com o parecer ministerial.

Fortaleza, CE, 27 de fevereiro de 2007.

Nº 2001.0001.0812-9/0

APELAÇÃO CRIME (DE IPU)

APELANTE: FRANCISCO JAÍLDO RODRIGUES DOS SANTOS

APELADA: A JUSTIÇA PÚBLICA

RELATOR : DES. LUIZ GERARDO DE PONTES BRÍGIDO

- ROUBO.

- DE ESPINHELA CAÍDA A APELAÇÃO QUE, NUMA VERTENTE, ARGÚI A INOCÊNCIA DO APELANTE E, NA OUTRA, ANACRONICAMENTE, COMO A ADMITIR, INDIRETAMENTE, A AUTORIA CRIMINOSA ANTES NEGADA, PREDICA A DESCLASSIFICAÇÃO PARA TENTADO DO ROUBO INDISCUTIVELMENTE CONSUMADO: “O ROUBO ESTÁ CONSUMADO NO INSTANTE EM QUE O AGENTE SE TORNA, MESMO QUE POR POUCO TEMPO, POSSUIDOR DA RES SUBTRAÍDA MEDIANTE GRAVE AMEAÇA OU VIOLÊNCIA. A RÁPIDA RECUPERAÇÃO DA COISA E A PRISÃO DO AUTOR DO DELITO NÃO CARACTERIZAM A TENTATIVA” (STJ, RESP. N. 77.86, REL. MIN. FELIX FISCHER).

-RECURSO DESPROVIDO À UNANIMIDADE.

Vistos, relatados e discutidos os autos acima epigrafados.

1 – Francisco Jaildo Rodrigues dos Santos pegou sete anos de reclusão, regime semi-aberto, mais multa, pelos crimes de roubo consumado e na sua forma tentada, qualificados pelo emprego de arma, em situação de continuidade delitiva. Daí a presente apelação. Pede para ser absolvido ou, alternativamente, a desclassificação do delito consumado para roubo tentado, excluída a qualificadora, sustentando que não houve violência e que não exauriu o crime mais grave por circunstâncias alheias a sua vontade. Confirmação da sentença, é o que pugna a Promotoria no contra-arrazoamento. A PGJ é de opinião de que o reclamo deve ser desprovido.

É o relatório, em síntese

2 – Na noite de 17.01.2000, no bairro Caixa D'água, Ipu, o apelante, armado de foice e faca, penetrou na casa de Maria Luci Ferreira da Silva. Tomou-lhe um parêlho de som e o escondeu num matagal. Depois, invadiu a mercearia de Antonio Getúlio de Sousa, de onde tentou levar algumas coisas, não conseguindo, porém, em face da reação dos filhos do comerciante. Não foi feliz na fuga, certo que, mais tarde, foi preso por policiais chamados a atender a ocorrência.

Na primeira vertente recursal, nega a autoria dos crimes. Bufonaria. Da prova arrecadada, nela incluídos os depoimentos das vítimas e dos presenciados dos delitos, os quais o reconheceram como o autor das malfeitorias, a apreensão do aparelho de som, dentre outros fatores, alentam a convicção de que o apelante não foi acusado e condenado por fantasia do promotor e do juiz. Na outra ponta, assevera, de forma contraditória, em verdadeira confissão indireta da culpabilidade, que, em tendo havido a recuperação do aparelho de som tomado a Maria Luci Ferreira da Silva, então não se consumou o roubo, que ficou na orla da mera tentativa. Ou o defensor do apelante é ingênuo ou quer se passar por ingênuo. Ou quer fazer da Justiça ingênuo:

“O roubo está consumado no instante em que o agente se torna, mesmo que por pouco tempo, possuidor da *res* subtraída mediante grave ameaça ou violência. A rápida recuperação da coisa e a prisão do autor do delito não caracterizam a tentativa” (STJ, RE n. 77.868-SP, Rel. Min. Felix Fischer).

Da apelação, afirma-se, tem a espinhela caída. Por outras: padece de fraqueza geral. É malpropícia, impróspera.

3 – Do que posto, ACORDA a 1ª CÂMARA CRIMINAL do TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO CEARÁ, por unanimidade, em negar provimento ao recurso, mantida a decisão recorrida, nos termos do voto do Relator.

Fortaleza, CE, 05 de fevereiro de 2007.

Nº 2003.0001.6482-3/2 APELAÇÃO CRIME

COMARCA: EUSÉBIO

APELANTE: O REP. DO MINISTÉRIO PÚBLICO

APELADO: FRANCISCO ERNANI DE OLIVEIRA CARVALHO

RELATOR: DES. EYMARD DE AMOREIRA

EMENTA: CONSTITUCIONAL – TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DO JÚRI – DOLO EVENTUAL – MOTORISTA SOB OS EFEITOS DO ÁLCOOL, SEM HABILITAÇÃO QUE PROVOCA ACIDENTE GRAVE – DESLIZAMENTO PARA CRIME DE TRÂNSITO – IMPOSSIBILIDADE – INTEMPESTIVIDADE DAS RAZÕES DO RECURSO - INOCORRÊNCIA.

1. Da preliminar suscitada. O Ministério Público, após a divulgação da decisão recorrida, da própria Tribuna interpôs recurso de apelação com espeque no art. 593, III, letra “d” do CPP, tendo o Juiz Presidente anunciado que o mesmo seria oportunamente intimado para apresentar as razões da apelação, fato não praticado pela Secretaria do Juízo, razão por que somente no dia 02 de setembro daquele ano foi apresentada as razões do apelo, repita-se, apesar de não intimado (RT 669/393). Mera irregularidade - Preliminar rejeitada.

2. Extrai-se dos autos que o apelado sob os efeitos de bebidas alcoólicas, apossou-se de um carro alheio, sem habilitação, vindo a pôr em sossego duas infelizes criaturas e uma terceira teve o pé direito amputado, além de lesionar gravemente mais duas crianças que se achavam dentro de suas casas, cujo fato, por certo, não era desejado pelo agente, mas, com sua atitude, assumiu o risco de produzi-lo, advindo daí o dolo eventual de sua conduta (Precedentes citados: REsp 155.767-GO DJ 25.05.1998; Resp 140.961.DJ 6/4/1998; Resp 103.622-GO DJ 5/5/1997 – Resp.95.127-GO, dj 14/4/1997. STJ. Quinta Turma, Resp. 225.438-CE, Rel. Min. José Arnaldo, julgado em 23/05/2000, publicado no informativo n. 59 do STJ).

3. Apelo provido. Decisão unânime.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de apelação crime, nº 2003.0001.6482-3/2, da comarca de Eusébio, em que é apelante o representante do Ministério Público e apelado Francisco Ernani de Oliveira Carvalho.

Acorda a Turma, por unanimidade de votos, em dar provimento ao apelo ministerial para, anulando a decisão recorrida, mandar o apelado a um novo júri, nos termos do parecer da douta Procuradoria Geral de Justiça.

O representante do Ministério Público sediado na comarca de Eusébio denunciou a pessoa de Francisco Ernani de Oliveira Carvalho, conhecido por “Cirano”, qualificado nos autos, nas penas do art. 121, *caput*, por duas vezes, 121, *caput* c/c art. 14, inciso II, por três vezes, c/c art. 70, *caput*, todos do Código Penal Nacional, isso porque no dia 23 de fevereiro de 2003, por volta das 16h40min, na rua Acilon Gonçalves, bairro Guaribas, no município de Eusébio, o apelante, alcoolizado, sem habilitação, ao guidom de uma camioneta Hilux em alta velocidade, tirou a vida de duas infelizes criaturas e uma terceira teve o pé direito totalmente dilacerado e amputado, além de lesionar gravemente mais duas crianças que se achavam dentro de suas casas.

Submetido ao devido processo legal, com a prudência do contraditório e da ampla defesa, restou Francisco Ernani de Oliveira Carvalho pronunciado nos moldes da proposta acusatória (fs. 233/235).

Levado a julgamento perante o Tribunal Constitucional do Júri, o Conselho de Sentença, acatou por maioria de votos a tese defensiva de ausência de dolo, operando-se a desclassificação para os tipos dos arts. 302, § único, incisos I, II e III (por duas vezes), e 303 § único (por três vezes) da Lei nº 9.503/97 (Código de Trânsito), combinado, ainda, com o art. 70 do Código Penal Nacional.

Sentenciando, o Juiz singular, condenou o apelado em 05 (cinco) anos, 07 (sete) meses e 15 (quinze) dias de detenção, além da proibição de obter a permissão ou habilitação para dirigir veículo automotor durante o tempo da pena afliativa aplicada, a qual foi substituída por uma pena restritiva de direito – prestação de serviços à comunidade (fs.356/360).

O Ministério Público, não conformado com a decisão, dela recorreu na forma do art. 593, inciso III, letra “d” do Código de Processo Penal, requerendo a nulificação do julgamento para que o apelado seja submetido a um novo júri. (fs.371/376).

Contra-razões da parte *ex-adversa* às fs.380/390, levantando preliminar de intempestividade das razões do recurso e no mérito requereu o improvimento do apelo.

Nesta Superior Instância os autos foram com vista à douta procuradoria Geral de Justiça que, com o parecer de fs. 400/410, opinou pelo provimento do apelo, para sujeitar o apelado a um novo júri popular.

É o relatório.

Antes do exame de fato da questão *sub oculi*, devo examinar, como preliminar, a tempestividade reclamada, por se tratar de matéria prejudicial ao conhecimento do mérito.

Com efeito, o Ministério Público, após a divulgação da decisão recorrida, da própria Tribuna, interpôs recurso de apelação com espeque no art. 593, III, letra “d” do CPP, tendo o Juiz Presidente anunciado que o mesmo seria oportunamente intimado para apresentar as razões da apelação, fato não praticado pela Secretaria do Juízo, razão por que somente no dia 02 de setembro daquele ano foram apresentadas as razões do apelo, repita-se, apesar de não intimado (RT 669/393).

É bom de ver ainda que qualquer espécie de atraso na apresentação das razões recursais constitui tão-só mera irregularidade.

Assim, rejeito a preliminar levantada.

Do mérito. Consoante apurou a instrução criminal, que no dia do infausto evento, o apelado após passar a noite anterior bebendo, dirigiu-se ao município de Eusébio, onde se localiza a chácara Sr. Macário Freitas, para se reunir com amigos e dar continuidade a farra.

De mesa em mesa a fazer graça, apoderou-se da chave da camionete Hilux de propriedade de Ivone Maria Lima de Oliveira e abandonou a patuscada levando no carro Francisca Alexandra Muniz Barreto, que a tudo assistiu, senão vejamos seu depoimento, *verbis*:

“QUE CIRANO falou que conhecia todos os lugares aqui nesta cidade e que falou que iria levar a depoente para um local onde as pessoas iam para andar de Jet-Ski; Que de lá Cirano parou em uma quitanda, tendo a depoente perguntado o que ele iria comprar e ele respondeu que iria comprar duas latas de cerveja; Que a depoente perguntou porque ele iria comprar bebidas já que lá no sítio havia bebida autosuficiente; que Cirano disse: “EU VOU É COMPRAR QUE EU SOU É GAROTÃO”, QUE nesse momento a depoente convidou CIRANO para ir embora e na oportunidade o perguntou se alguém sabia que ele havia saído naquele carro, tendo ele respondido que não; Que ele andou com a depoente por vários locais desta cidade como se quisesse se mostrar para as pessoas aqui do Eusébio, e por onde passava dava com a mão para todos; Que por último passou em um barzinho próximo a um campo de futebol nas proximidades do local do acidente, onde de lá saiu de ré e disse, inclusive, que iria passar por dentro do campo de futebol onde estava acontecendo um jogo; Que a depoente disse: VOCÊ NÃO É LOUCO DE PASSAR POR AÍ, tendo ele dito “SOU

SIM”; QUE Cirano saiu “cantando pneu” e em alta velocidade e, poucos metros adiante, logo quando havia tirado uma das mãos para acenar para um conhecido, caiu num buraco e, ao invés de apurar o veículo, o colocou para cima de uma calçada onde estavam algumas pessoas; QUE além de atropelar as pessoas que estavam na calçada o carro adentrou em uma das residências derrubando a parede da frente; que Cirano desceu do carro e tratou de fugir” (fs.26).

Desse depoimento, extrai-se que o apelado sob os efeitos de bebidas alcoólicas, apossou-se de um carro alheio, sem habilitação, vindo a pôr em sossego duas infelizes criaturas e uma terceira teve o pé direito amputado, além de lesionar gravemente mais duas crianças que se achavam dentro de suas casas, cujo fato, por certo, não era por ele desejado, mas, com sua atitude, assumiu o risco de produzi-lo, advindo daí o dolo eventual de sua conduta.

Sobre o tema, trago à colação valioso aresto do Tribunal de Justiça de São Paulo, *verbis*:

“Na verdade, atualmente, devido ao avançado estado tecnológico, o veículo automotor, cada vez mais sofisticado e veloz, quando entregue nas mãos de motoristas menos preparados, em face da embriaguez, passa a constituir arma perigosa, impondo grande risco às pessoas que se encontram nas vias públicas. Ora, aqueles que usam dessa arma de modo inadequado, se não querem o resultado lesivo, assumem, pelo menos, o risco de produzi-lo. Aliás, Magalhães Noronha, preleciona que ‘o sujeito ativo prevê o resultado e, embora não seja a razão de sua conduta, aceita-o, *verbi gratia*, o chofer que, em desabalada corrida, para chegar em determinado ponto, aceita o resultado de atropelar uma pessoa’ (Direito Penal, vol. I/132, 1968). Outrossim, ninguém ignora que, à medida que se eleva a concentração de álcool por litro de sangue, também aumenta o risco de envolver-se o motorista em algum acidente. Não estando sóbrio, a reação, ante o surgimento de determinado obstáculo ou situação de perigo, não se desenvolverá com a necessária rapidez” (TJSP rec. Rel. Silva Pinto – JTJ 179/266).

Ora, é acreditável que o recorrido, repita-se, ao dirigir sem habilitação, além de alcoolizado, assumiu o risco de produzir o resultado comentado, olvidado pelo Conselho de Sentença a ponto de transmutar a conduta para simples culpa.

Ainda, nesse sentido:

DELITO DE TRÂNSITO – DESCLASSIFICAÇÃO – HOMICÍDIO DOLOSO.

“A Turma proveu o recurso, cassando o aresto recorrido que desclassificou crime de trânsito de doloso para culposo (art. 410 do CPP). No caso, restabeleceu-se a sentença de primeiro grau, determinando o julgamento do réu pelo Tribunal do Júri por dirigir embriagado e em alta velocidade, causando três mortes no interior do carro, consoante comprovado tanto na denúncia quanto na sentença de pronúncia. Dada a cruel gravidade da conduta do réu de assumir o risco de dirigir em alta velocidade após ingestão excessiva de álcool, tem-se como manifestamente comprovado o dolo eventual, eis que presentes incontrovertidamente as elementares factuais”.
Precedentes citados: REsp 155.767-GO DJ 25.05.1998; Resp 140.961.DJ 6/4/1998; Resp 103.622-GO DJ 5/5/1997 – Resp.95.127-GO, dj 14/4/1997. STJ. Quinta Turma, Resp. 225.438-CE, Rel. Min. José Arnaldo, julgado em 23/05/2000, publicado no informativo n. 59 do STJ.

Assim é que, estando a prova dos autos nestes termos, iniludível se mostra que o Conselho de Sentença da comarca de Eusébio, ao proferir o veredicto recorrido, apartou-se da verdade real apurada para acolher versão sem respaldo nos fatos relatados no processo, inquinando assim o julgamento da invalidação a que alude o art. 593, § 3º, do CPP.

Nestas condições, considerando o que já sobejamente decidido pelo STJ e STF sobre não ofender ao art. 5º, XXVIII, da CF/88, a aplicação do art. 593, III, “d”, do CPP, quando o Tribunal *ad quem* determina, em casos de decisão contrária à prova dos autos, que o réu se submeta a novo julgamento, inexistindo nesta hipótese ferimento à soberania do Júri (JSTJ 7/211; STF: RT 644/353), hei por bem, em compasso com o parecer da douta Procuradoria Geral de Justiça, dar provimento ao presente recurso para que o apelado seja novamente julgado pelo Tribunal do Povo.

É como voto.

Fortaleza, 22 de abril de 2008.

APELAÇÃO CRIME Nº 2003.0006.5083-3/0 (de Jaguaruana)

APELANTE : O REPRESENTANTE DO MINISTÉRIO PÚBLICO

APELADO : JOSÉ NELSON PEREIRA

RELATOR : DES. LUIZ GERARDO DE PONTES BRÍGIDO

-APELAÇÃO CRIME.

-JÚRI.

-QUEM MATA ANTIGO INIMIGO, COM VÁRIAS FACADAS, SOMENTE POR TER SIDO ENCARADO PELO DESAFETO, DANDO VAZÃO À RAIVA REPRIMIDA, NÃO PRÁTICA O “HOMICÍDIO EMOCIONAL”, COMO CANHESTRAMENTE RECONHECEU O CONSELHO DE SENTENÇA, PORQUE O FATO CRIMINOSO, OBJETO DA MINORANTE, NÃO PODE SER PRODUTO DE CÓLERA RECALCADA, TRANSFORMADA EM ÓDIO, PARA UMA VINGANÇA INTEMPESTIVA. VEREDICTO ANULADO, POR DECORRÊNCIA, SUBMETENDO-SE O RÉU A NOVO JULGAMENTO.

-UNANIMIDADE.

Vistos, relatados e discutidos os autos acima identificados.

1 - Inconformado com a decisão do Tribunal do Júri de Jaguaruana que condenou José Nelson Pereira por homicídio privilegiado na pessoa de Francisco Odair Alves, o Promotor Público busca, em síntese, a anulação do decisum e a realização de novo julgamento. Para tanto, alega que o Conselho de Sentença, ao reconhecer que o réu cometeu o crime sob domínio de violenta emoção logo em seguida à injusta provocação da vítima, fê-lo manifestamente contra à prova dos autos, justificada, daí, a pretensão recursal.

Apelo contra-arrazoado, autos nesta instância, a PGJ, em parecer, é pelo provimento da irresignação.

É o relatório.

2 – Segundo a denúncia, na madrugada de 1º de janeiro de 1997, no Clube 26 de Julho, Jaguaruana, o apelado “abreviou”, a facadas, a existência de Francisco Odair Alves.

De fato, vê-se nos autos que acusado e vítima viviam às turras por

motivo de somenos. A medida que o tempo passava a intriga se amiudava, a ponto de os dois trocarem juras de morte, tendo a vítima, inclusive, lesionado o réu à faca.

No dia do crime, o recorrido após assistir a celebração da eucaristia, decidiu ir ao referido clube para comemorar o réveillon. Antes, todavia, ciente de que seu desafeto também estaria na folgança, passou em casa e escondeu, sob a camisa, uma peixeira de 12 polegadas. A festa já entrava pela madrugada quando o recorrido, bebericando com amigos, percebeu que a vítima vinha na sua direção, encarando-o. Sem aviso, ele, apelado, sacou a faca que trazia encafuada e vibrou um profundo golpe no tórax da vítima. Ferida, ela tentou correr, alcançada, contudo, pelo réu, que a esfaqueou mais duas vezes, pelas costas, matando-a quase instantaneamente.

Com efeito.

Examinada a prova recolhida no sumário, fácil inferir que o ato criminoso, comprovadamente, não registrou, antes da sua consumação, comportamento da vítima suficiente para configurar uma provocação injusta capaz de ensejar, no réu, um choque emocional que o levasse a cometer o brutal assassinato. Na verdade, a vítima, desarmada, foi executada, e com frieza, tão-somente porque encarava o acusado, transparecendo na ação dele, réu, a ira reprimida de quem se via constantemente mutuando promessas de morte com o inimigo que, outrora, já o agredira. O delictum exceptum “não transige com o ódio guardado, com o rancor concentrado” (HUNGRIA, Nelson. Comentários ao código penal. Forense : Rio de Janeiro, 1955, v. 5, p. 150).

Assim, é que não se pode considerar privilegiado o homicídio que, aparentemente premeditado, se revela produto de raiva recalcada, “transformada em ódio, para uma vingança intempestiva”(RT vol. 622, p. 268).

O que se extrai do processado é que a decisão do Conselho de Sentença, em face do fato apurado e das suas circunstâncias, é claramente insustentável.

3 – Por tudo isto, ACORDA a 1ª CÂMARA CRIMINAL do TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO CEARÁ, à unanimidade, na esteira do voto do Relator e acompanhando o opinativo da PGJ, em conhecer da apelação da Promotoria e provê-la para, cassando a decisão do Júri, sujeitar o recorrido a novo julgamento.

Fortaleza, CE, 5 de fevereiro de 2007.

Nº 2005.0028.8225-8/1 APELAÇÃO CRIME

COMARCA: SOBRAL

APELANTE: MARIA DA PENHA MARQUES DOS SANTOS

APELADA: A JUSTIÇA PÚBLICA

RELATOR: DES. EYMARD DE AMOREIRA

EMENTA: APELAÇÃO CRIME – PENAL – PROCESSUAL – IMPOSTURA DE IDENTIDADE – CONDENAÇÃO EM DISCREPÂNCIA COM A DENÚNCIA – NULIDADE – INOCORRÊNCIA.

1. A apelante pugna pela anulação da sentença vergastada, sob fundamento de que, o decreto condenatório encontra-se em desconformidade com a denúncia ministerial.

2. Ora, a apelante fora denunciada pela prática reiterada do tipo delituoso previsto no art. 171 do CP, e não apenas, por aquele descrito de forma minuciosa como flagrante delito, conforme faz prova a própria peça denunciatória, pelo que, não há subsídio para a reforma guerreada.

3. Ademais, encontra-se nos autos a expressa confissão da apelante, quanto a sua ininterrupta prática delituosa de usurpação do nome de terceiro, como meio de arrecadar dinheiro em favor próprio.

4. Ressalte-se ainda que, mesmo que supuséssemos a ocorrência da irregularidade guerreada pela apelante, a nugacidade não seria de ordem absoluta, não tendo portanto, força para derivar a nulidade pleiteada, visto que, a própria lei processual em seu art. 383 do CPP atribui ao magistrado o poder de entender o fato de forma diversa daquela denunciada.

5. Apelo improvido. Decisão unânime.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de apelação crime, nº 2005.0028.8225-8/1, de Sobral em que é apelante Maria da Penha Marques dos

Santos, e apelada a Justiça Pública.

Acorda a Turma, por unanimidade de votos, em conhecer do apelo e negar-lhe provimento, nos termos do voto do relator.

Maria da Penha Marques dos Santos, qualificada nos autos, interpôs o presente apelo objetivando desconstituir a decisão do juízo da 3ª vara da comarca de Sobral, que, às fls. 88/96, condenou-a por estelionato continuado, aplicando-lhe *uma pena de 02 (dois) anos e 08 (oito) meses de reclusão em regime inicialmente aberto, e multa*, com esteio no art. 171 c/c o art. 71 do Código Penal, isso porque, em 21 de dezembro de 2005, a apelante foi presa em flagrante quando perpetrava um dos diversos golpes financeiros que vinha aplicando na praça comercial daquele município, e, para tanto, se utilizava indevidamente do nome da Sra. Francisca de Sousa Costa, coordenadora da ONG Viva a Vida Sobral, assim como do nome desta própria organização, com intuito de auferir vantagens financeiras em proveito próprio, sob a impostura de estar arrecadando benefícios em prol dos doentes de câncer, acolhidos pela ONG retro-mencionada.

Requer em suas razões de fls. 102/105, a anulação da sentença vergastada, sob fundamento de que, o decreto condenatório encontra-se em desconformidade com a denúncia ministerial, pelo que, pugna pelo total provimento do recurso.

Apelo devidamente contra-arrazoado às fls.107/111, pleiteando pela manutenção da sentença guerreada, afirmando, outrossim, que além da condenação da apelante estar em total consonância com a denúncia ministerial, a lei penal, em seu art. 383 do Código Processual, possibilita ao magistrado dar ao fato, definição diversa daquela constante da denúncia.

Parecer da douta Procuradoria Geral de Justiça às fls. 119/121, opinando pelo provimento do apelo, por carência de provas.

É o relatório.

Consta dos fólios que a apelante fora presa em flagrante, dentro do estabelecimento comercial da Sra. Maria Eliane de Oliveira Linhares, quando recebia desta, cheque donativo para suposta ajuda a ONG Viva a Vida Sobral, que cuida de crianças acometidas por câncer.

Conforme ficou demonstrado, a apelante já vinha aproveitando-se do nome da mencionada ONG, fazendo-se passar pela coordenadora do projeto, Sra. Francisca de Sousa Costa, para falsamente, em nome destas, angariar vantagens financeiras em seu favor, sempre ludibriando àqueles que de boa fé colaboravam, acreditando estarem ajudando crianças enfermas.

Condenada pela prática continuada do estelionato vem a apelante, pugnar pela nulidade da sentença sob argumento de que o decreto condenatório do magistrado *a quo* julgou procedente a pretensão punitiva do Estado por dois crimes, quando o Ministério Público, supostamente, só teria denunciado por um.

Ora, de posse dos autos, é fácil a constatação de que a apelante fora denunciada pela prática reiterada do tipo delituoso previsto no art. 171 do CP, e não apenas por aquele descrito de forma minuciosa como flagrante delito. Senão vejamos:

“Consta do incluso informativo policial que no término de 2005, a denunciada Maria da Penha Marques dos Santos aplicou golpes em diversas empresas da cidade de Sobral, com o simples intuito de obter para si vantagem ilícita, em prejuízo alheio, conforme consta documentos... que a denunciada se passava freqüentemente pela senhora e vítima Francisca de Sousa Costa, ...que a delatada já estava cometendo mais um golpe, a vítima era Maria Eliane de Oliveira Linhares, proprietária da Doce Cultura...no entanto, as autoridades policiais já haviam recebido várias denúncias afirmando que Maria da Penha Marques dos Santos, estava realizando diversos golpes nesta cidade...” (fls. 04).

A menção objetiva ao caso da Sra. Maria Eliane de Oliveira, demonstra-se, unicamente como instrumento necessário para narrar o flagrante, não compreendendo em si, a denúncia delitiva como um todo.

Portanto, conforme faz prova a própria peça denunciatória, não há acolher a argumentação da apelante de que a sentença condenatória encontra-se em desarmonia com a denúncia.

Ademais, se encontra nos autos às fls. 23 e 60, a expressa confissão da apelante de sua ininterrupta prática delituosa de usurpação do nome da ONG e de sua coordenadora, como meio de arrecadar dinheiro em favor próprio. *In verbis*:

“Fls.60 - que efetivamente vinha mantendo contatos com empresários locais pedindo doações para a casa Viva a Vida, que apresentava-se como Francisca... que a acusada utilizava o nome de Francisca para pedir ajuda por já ter cumprido pena por estelionato...”

” (grifos nossos)

“Fls. 23 – que se utilizava de nomes pertencentes a membros do Viva a Vida... que fazia ligações se passando por membro voluntário do grupo Viva a Vida, que ainda conseguiu a quantia de R\$ 380,00, que passou cerca de doze meses na cadeia pública por estelionato...”
(grifos nossos)

Ressalte-se ainda que, embora incorrendo em equívoco, quando suscitou insuficiência de provas para condenação da apelante, o representante do Ministério Público na função de *custos legis*, acertou quando bem frisou a inexistência da irregularidade pela qual a apelante guerreia, pois, mesmo que supuséssemos a ocorrência daquela, a nugacidade não seria de ordem absoluta, não tendo, portanto, força para derivar a nulidade pleiteada, visto que, a própria lei processual em seu art. 383 do CPP atribui ao magistrado o poder de entender o fato de forma diversa daquela denunciada. *In verbis*:

“Art.383. O juiz poderá dar ao fato definição jurídica diversa da que constar da queixa ou da denúncia, ainda que, em consequência, tenha de aplicar pena mais grave”.

Assim, conquanto o apelo interposto rogue pela nulidade da sentença condenatória da apelante, não foi o mesmo capaz de demonstrar em quais dos pontos o decreto condenatório merece reparo, de tal sorte que, a decisão recorrida foi prolatada dentro das fronteiras das formalidades legais, não havendo porque modificá-la.

Também, quanto a suposta insuficiência de provas surpreendentemente levantada pelo representante do Ministério Público, há de se concluir que lhe faltou leitura apurada dos fólhos, pois, fartas são as provas e testemunhos que se atrelam a confissão da própria vítima, não restando, desse forma, qualquer interstício que possibilite o acolhimento deste recurso.

Nesses termos, conheço do apelo para lhe negar provimento, o que faço em descompasso com a opinião da douta Procuradoria Geral de Justiça.

É como voto.

Fortaleza, 22 de abril de 2008.

PROCESSO N.º:463393-89.2000.8.06.0000/1
APELAÇÃO CRIMINAL – COMARCA DE CARIDADE
APELANTE: FRANCISCO SOUSA DA SILVA
APELADO: JUSTIÇA PÚBLICA
RELATOR: DES. PAULO CAMELO TIMBÓ.

EMENTA: APELAÇÃO CRIMINAL. ESTUPRO E ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR. VÍTIMAS MENORES DE 14 ANOS. ABSOLVIÇÃO EM RELAÇÃO AOS CRIMES DE ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR. INVIABILIDADE. PALAVRA DAS OFENDIDAS. VALIDADE. CONCURSO MATERIAL. IMPOSSIBILIDADE. RECONHECIMENTO DA CONTINUIDADE DELITIVA. ADEQUAÇÃO À LEI Nº 12.015/2009. SENTENÇA PARCIALMENTE MODIFICADA.

1. Nos crimes contra os costumes, a palavra da vítima tem imensa força probante, mormente quando em harmonia com as demais provas, como ocorreu no caso em questão.

2. Com o advento da Lei nº 12.015/2009, que alterou a Parte Especial do Código Penal, transformando os Crimes Contra os Costumes em Crimes Contra a Dignidade Sexual, estando tanto o estupro como o atentado violento ao pudor previstos no mesmo dispositivo do art. 213, por ofenderem o mesmo bem juridicamente tutelado e, assim, a continuidade delitiva é medida que se impõe.

3. Recurso conhecido e parcialmente provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de Apelação crime, acordam os Desembargadores da 2ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, por votação unânime, em conhecer do recurso, mas para dar-lhe parcial provimento, tudo em conformidade com o voto do Relator.

Fortaleza, 03 maio de 2010.

RELATÓRIO

O Ministério Público ofereceu denúncia, recebida em 18.11.97 (fls. 04/06) contra FRANCISCO SOUSA DA SILVA, vulgo “Dionísio”, como incurso nas sanções do art. 213, parágrafo único, art. 214 c/c art. 224, alíneas “a” e “c”, todos do Código penal Brasileiro.

Diz a denúncia que o acusado vivia *more uxorio* com a senhora Maria Moreira Rocha, mãe de três filhas menores: a) Carla Roberta Moreira Rocha, nascida em 04.03.85; b) Francisca Renata Moreira Rocha, nascida em 08.06.86; e c) Maria Rosânia Lopes da Rocha, nascida em 12.08.88. Abusando da moradia comum, o acusado passou a manter relações sexuais com as menores em referência e ao longo dos últimos meses, iniciou uma série de atos libidinosos contra as indefesas vítimas, sempre valendo-se da ausência momentânea de sua mãe, para, na sequência, mediante ameaça, praticar atos sexuais propriamente ditos.

Citado (fl. 48), o réu foi interrogado (fls. 51/52), oportunamente afirmou que somente praticou relação sexual com a menor Carla Roberta e, somente por uma vez, negando as acusações que lhes foram feitas em relação às outras duas menores.

A instrução transcorreu normalmente, quando sobreveio sentença (fls. 128/144), na qual foi julgada procedente a pretensão punitiva e o réu condenado em 30 anos de reclusão.

A defesa interpôs recurso apelatório (fls.153/158), onde foi reconhecida a preliminar levantada pela Procuradoria Geral de Justiça (fls. 172/178), tendo sido o processo anulado pela 2ª Câmara Criminal (fls.192/196), a partir do depoimento das vítimas.

Após o retorno dos autos, ocorreu a oitiva das vítimas às fls. 218/226.

Alegações finais (fls. 232/234), requerendo o *Parquet* a condenação do réu nas penas do art.213 (em relação à vítima Carla Roberta Moreira Rocha) e art. 214 (em relação a cada uma das vítimas, Carla Roberta Moreira Rocha, Francisca Renata Moreira Rocha e Maria Rosânia Lopes da Rocha) todos em combinação com o art. 224, alíneas “a” e “c”, e art. 226, II, todos do Código Penal, os quais se revestem do caráter de delitos hediondos em face da Lei nº 8.072/90.

Razões finais às fls. 242/245.

O processo transcorreu de forma regular. Sobreveio sentença (fls. 246/261), na qual foi julgada procedente a ação penal, condenando o acusado nas

sanções dos artigos 213 e art. 214 (três vezes), em combinação do art. 224, alíneas “a” e “c”, na forma dos artigos 69, todos do Código Penal, tornando a pena definitiva em 30 (trinta) anos de reclusão, a qual deverá ser cumprida integralmente em regime fechado, tudo em conformidade com o artigo 2º, §1º, da Lei nº 8.072/90.

Irresignado o acusado apelou (fls. 267/271), requerendo a reforma da sentença recorrida por não haver amparo legal em relação às condenações referentes aos crimes de atentado violento ao pudor perpetrados contra as 03 (três) menores, bem como aduziu a não ocorrência de lesão grave ou morte, para classificar o crime tipificado no art. 214, do CP, como hediondo e que o juiz *a quo* deveria ter considerado o regime de cumprimento das penas o inicialmente fechado, além de ter levado em conta a primariedade do acusado, a sua conduta social e a confissão.

Contrarrazões às fls.274/277.

Parecer da Procuradoria Geral de Justiça às fls. 221/223, opinando pelo não provimento do apelo.

Habeas Corpus concedido de ofício, pelo Desembargador antecessor, reconhecendo excesso de prazo na formação da culpa (fls. 268/269).

É o relatório.

VOTO

Conheço do recurso, posto que presentes os requisitos de sua admissibilidade.

Como relatado, trata-se de Apelação Criminal, interposta por FRANCISCO SOUSA DA SILVA, vulgo “Dionísio”, contra sentença de fls. 246/261, que julgou procedente a ação penal, condenando o acusado nas sanções dos artigos 213 e 214 (três vezes), em combinação com o artigo 224, alíneas “a” e “c”, na forma do artigo 69, todos do Código Penal, à pena de 30 (trinta) anos de reclusão, a ser cumprida integralmente em regime fechado.

Requer o apelante, em síntese, a reforma da sentença recorrida para que seja absolvido em relação aos crimes de atentado violento ao pudor, por falta de provas, bem como pela não classificação do crime tipificado no art. 214, como hediondo e que o cumprimento da pena seja o inicialmente fechado.

A materialidade delitiva restou satisfatoriamente comprovada, pelo Inquérito Policial de fls.08/33, pelos exames de corpos de delitos (fls. 44/46), corroborados com os depoimentos testemunhais (fls. 60/65 e 75/78), bem como pela oitiva das vítimas (fls. 218/226).

Quanto à autoria, o réu, em seu interrogatório (fls. 51/52), confessou

ter praticado conjunção carnal somente por uma vez em relação à menor Carla Roberta Moreira Rocha, negando em relação às duas outras menores.

Por sua vez, a vítima Carla Roberta ao ser ouvida, assim afirmou (fls. 222/223):

“Que quando a declarante tinha aproximadamente 8 anos, o padrasto da declarante passou a seduzi-la.(...) Que na oportunidade em que a mãe da declarante foi à Fortaleza buscar sua irmã, o Sr. Dionísio iniciou a sedução da declarante. Que a partir desse momento o padrasto da declarante passou a beijá-la e tocar seu corpo com frequência. Que sempre que a mãe da declarante ia dar aulas no colégio em que ensinava, o padrasto da declarante repetia os mesmos atos.(...) Que o Sr. Dionísio passou a chupar os seios da declarante, época em que a mesma sequer possuía seios, afirmando que tal procedimento era para que os mesmos crescessem rápido. Que tocava também na vagina da declarante e se esfregava com a mesma(...) Que chupava a vagina da declarante. Que estes fatos narrados pela declarante, ocorriam até que a mesma completasse 12 anos. Que o Sr. Dionísio dizia nestas oportunidades que a declarante não falasse nada para sua mãe sob pena de vir a dar-lhe uma surra. Que disse para a declarante que se viesse a ser preso, no dia em que se soltasse mataria todos da família.(...) Que no dia 14.10.1997, a declarante brincava com seus irmãos quando o Sr. Dionísio ofertou cachaça aos poucos até que a declarante ficou tonta. Que nessa oportunidade, o Sr. Dionísio carregou a declarante até a cama dele. Que lembra que o Sr. Dionísio tirou a roupa da declarante e tirou a sua roupa (Sr. Dionísio). Que lembra que o Sr. Dionísio chegou a introduzir seu pênis na vagina da declarante(...)Que viu algumas vezes o Sr. Dionísio se esfregar com suas duas irmãs, presenciando por mais de uma vez que o mesmo chegou a introduzir seu dedo na vagina de suas duas irmãs. Que chegava a deitar-se com ela (declarante) e sua outra irmã Renata na mesma cama, ficando a se esfregar com ambas, todas sem roupa.(...)”.

As declarações da infante encontram-se corroboradas por farto conjunto probatório, como o resultado do exame de corpo de delito, que apresentou *hímen rôto* às 9 e 3 horas com carúnculas himenais indicando desvirginamento antigo (fl. 45), além dos depoimentos testemunhais, onde todos afirmaram haver rumores de que o acusado namorava com uma das meninas, no caso a mais velha, Carla Roberta.

Ao ser ouvida a vítima Francisca Renata Moreira da Rocha, esta assim relatou (fls.220/221):

“...Que com pouco tempo após chegar à casa de sua mãe, o Sr. Dionísio passou a tocar no corpo da declarante e se esfregar com ela(...) Que o Sr. Dionísio passou a praticar tais atos com frequência, aproveitando-se da ausência momentânea da mãe da declarante. Que o Sr. Dionísio chupava os seios da declarante na época em que a mesma sequer os possuía. Que chupava na vagina da declarante quando estava bêbado.(...) Que por várias vezes o Sr. Dionísio esfregou seu pênis na vagina da declarante, porém sem penetrá-la.(...) Que a declarante viu por mais de uma vez o Sr. Dionísio praticar os mesmos atos com suas irmãs...”.

O exame de corpo de delito da menor acima especificada, apresentou hímen íntegro. OBS: rotura parcial do hímen às 3 hs sem, contudo, ter causado desvirginamento (fl. 46).

Em seguida a menor Maria Rosânia, que apresentou em seu exame de corpo de delito ter sido visualizado hímen com rotura parcial de 9 hs, *hímem semi-rôto*, indicando introdução de corpo estranho na vagina de tamanho (espessura) menor que o pênis (fl. 44), esta assim declarou (fls. 225/226):

“...Que em uma oportunidade em que sua mãe estava dando aula e a declarante estava brincando com sua irmã, o Sr. Dionísio a chamou para dentro de casa na sala e tocou o órgão sexual da declarante. Que este mesmo fato aconteceu várias vezes(...) Que chegou a encostar o pênis na vagina da declarante...”

Vale ressaltar que, nos crimes desta espécie, geralmente praticado às escondidas, a palavra do ofendido assume relevante valor probatório, tratando-se de elemento fixador da autoria. Diante das provas apresentadas, indubitável que a palavra da vítima, se coerente, é dotada de maior credibilidade frente à palavra do réu que, evidentemente, falta com a verdade para se auto defender, o que se percebe ter ocorrido no caso em questão.

No caso, não há como não se levar em conta o depoimento dessas pequenas vítimas, as quais relataram com clareza e detalhes os fatos ocorridos, o que lhes conferem maior credibilidade, bem como destaque que no depoimento das mesmas, todas ressaltaram que o padrasto as ameaçava, dizendo que se ele fosse preso, quando saísse da prisão, mataria toda a família.

Nesse sentido tem-se jurisprudência do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, acerca da validade dos testemunhos infantis em crimes desta natureza. *In verbis*:

APELAÇÃO CRIMINAL - ESTUPRO - TENTATIVA - VIOLÊNCIA PRESUMIDA - VÍTIMA - PALAVRA - VALOR - PENA.- ‘Nos crimes contra o costume, dada a sua natureza clandestina, imensa força probante tem a palavra da vítima, mormente quando esta encontra apoio na prova dos autos, sendo irrelevante o fato de o ofendido ser menor, uma vez que tal circunstância não retira a credibilidade de suas declarações, pois a criança, a despeito de sua imaturidade e sugestibilidade, não é, a princípio, mentirosa e não imputaria, inescrupulosamente, a alguém crime tão grave quanto comprometedor de sua intimidade’ (TJMG). Depois, ‘eliminar aprioristicamente o testemunho infantil (equivalaria a) entregar a criança, inerte, à sanha dos sátiros’ (TJSP).- Dessarte, suficientemente demonstrada a prática do crime de estupro, sob forma tentada, tendo por vítima criança de onze anos de idade - violência presumida -, há de prevalecer a punição imposta ao agente.- “O decréscimo oriundo da tentativa deve ser feito de acordo com o maior ou menor caminho percorrido, de sorte que não se aplicará o redutor máximo se os agentes percorrerem o *iter criminis* em quase toda a sua extensão” (TACrimSP).- A presença de violência e de dados desfavoráveis ao réu, dentre os assinalados no art. 59 do Código Penal, inviabiliza seu derradeiro pedido de substituição da pena corporal por restritivas de direitos.- Recurso não provido. (TJMG, 2ª C.Crim., Ap n.º 1.0693.05.035567-8/001(1), Rel.ª Des.ª Beatriz Pinheiro Caires, v.u., j. 21.02.2008; in DOMG de 09.04.2008) (grifei).

Com efeito, em sendo praticado tais delitos com menores de 14 (quatorze) anos, a violência é presumida, todavia, neste caso, como bem fundamentou o julgador singular, além da violência presumida pela lei, os crimes se configuraram em virtude da grave ameaça exercida sobre o ânimo das vítimas (fl. 256).

Ademais, muito embora haja discussão sobre a relativização da Teoria da Presunção de Violência, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça vem se posicionando no sentido de considerar a presunção absoluta. Prova disso é o recente julgado, em sede de HC, sob a relatoria do Ministro OG Fernandes, *in verbis*:

“Segundo o entendimento jurisprudencial desta Corte e do Supremo Tribunal Federal, em se tratando de vítima menor de quatorze anos, seu consentimento é irrelevante para a caracterização dos crimes de estupro e atentado violento ao pudor, uma vez que a presunção de violência prevista no art. 224, “a”, do Código Penal tem caráter absoluto” (HC 66846/SP, julgado em 19.05.2009, publicado no DJ de 01.07.2009).

Na mesma linha de entendimento:

“O art. 224 do CPB prevê algumas circunstâncias, dentre as quais está inserida ser a vítima menor de 14 anos, em que, ainda que não haja efetiva violência física ou real, esta será presumida, diante da indubitosa restrição da capacidade da vítima de se posicionar em relação aos fatos de natureza sexual. Estando tal proteção apoiada na *innocentia consilii* da vítima, que não pode ser entendida como mera ausência de conhecimento do ato sexual em si, mas sim como falta de maturidade psico-ética de lidar com a vida sexual e suas consequências, eventual consentimento, ainda que existente, é desprovido de qualquer valor, possuindo a referida presunção caráter absoluto. Precedentes do STJ e STF” (STJ, EREsp 666474/MG, Min.Napoleão Nunes Maia Filho, julgado em 10.09.2008, publicado no DJ de 03.04.2009).

Na verdade, tal presunção caracteriza-se como instrumento legal de proteção à liberdade sexual da menor de quatorze anos, em virtude de sua incapacidade volitiva.

Desta feita, ao contrário do que quer nos levar a crer o apelante, em não ter praticado atos libidinosos com as três menores e que a menor Carla Roberta se insinuava, tirando a roupa e ficando nua na frente do espelho, se “rebolando” na frente dele, como afirmou em seu interrogatório, e não “aguentou”, fez sexo com a mesma (fl. 52), todavia o que se percebe nos autos é que não só em relação a esta menor, mas também em relação às outras duas, Francisca Renata e Maria Rosânia, este homem se aproveitando da sua qualidade de padrasto, diante da ausência da mãe das mesmas, molestou por várias vezes essas crianças absolutamente indefesas, todas menores de 14 (quatorze) anos, fazendo-lhes graves ameaças, não deixando-as escapar de suas taras doentias, praticando atos libidinosos e até mesmo chegando a praticar a conjunção carnal com Carla Roberta, como confessou.

Com efeito, ressalto trecho do parecer da douta Procuradora de Justiça (fl. 222):

“No crime de atentado violento ao pudor, o objeto da tutela jurídica, é o pudor da vítima, tendo como elemento necessário à integração do delito, o contato corpóreo que na verdade existiu.”

Logo, o conjunto probatório demonstra a certeza da ocorrência dos fatos delituosos e de sua autoria, não prosperando os argumentos frágeis trazidos

pela defesa, inteiramente dissociado do caráter social e protetivo inserido na norma vigente, sendo impositiva a condenação do réu.

Entretanto, com o advento da Lei nº 12.015/2009, que alterou a Parte Especial do Código Penal, transformando os Crimes Contra os Costumes em Crimes Contra a Dignidade Sexual, outro tratamento deve ser dado ao caso, posto ser questão de ordem pública.

Destarte, os delitos praticados foram cometidos anteriormente à citada lei, tendo à época as condutas delitivas sido devidamente capituladas.

É que na prática de conjunção carnal e atos diversos não mais subsistem como crimes distintos, tendo sido ambas as ocorrências reunidas para tipificar o crime único de estupro, previsto no art. 213 do Código Penal, restando revogado o anterior art. 214.

Por sua vez, também em decorrência da citada lei, foi criado o art. 217-A, que assim dispõe:

“Art.217-A – Ter conjunção carnal ou praticar outro ato libidinoso com menor de 14(quatorze) anos;
Pena- reclusão, de 8(oito) a 15(quinze) anos”.

Assim, estando o processo em grau de recurso, poderá o Tribunal ajustar a condenação, a fim de encontrar a chamada pena justa.

Conforme se vê na sentença recorrida, o magistrado de primeiro grau, em relação às condutas delitivas, então previstas em dispositivos distintos, aplicou o concurso material. Vê-se, portanto, que se apresenta mais benéfico retroagir os efeitos da nova lei, a fim de se considerar a prática de um único delito, em continuidade delitiva.

Desta feita, em face das modificações da Lei nº 12.015/2009, que unificou em um só tipo penal os delitos de estupro e atentado violento ao pudor, revogando o art. 214, do Código Penal, bem como pelas condições em que os crimes foram praticados, ou seja, todos se pautaram pelo mesmo *modus operandi*, mesmo praticado contra vítimas diversas, diante das condições de tempo, lugar e maneira de execução, autorizando, portanto, o reconhecimento da continuidade delitiva entre todos os crimes, por serem da mesma espécie, vez que ofenderam o mesmo bem juridicamente tutelado pelo atual ordenamento jurídico e, assim, a continuidade delitiva é medida que se impõe.

Nesse sentido, já decidiu o Tribunal de Justiça de Minas Gerais:

EMENTA: PENAL E PROCESSUAL PENAL – CRIMES CONTRA OS COSTUMES – ESTUPRO E ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR – NULIDADE – CERCEAMENTO

DE DEFESA – NÃO OCORRÊNCIA – PRELIMINAR REJEITADA – ESTUPRO – PROVA SUFICIÊNCIA – LAUDO PERICIAL – VALIDADE – CONCURSO MATERIAL – IMPOSSIBILIDADE - APLICAÇÃO DA REGRA DO ART.71 DO CPB. - Conforme a legislação processual penal, ao MM. Juiz da instrução é conferida a possibilidade de determinar a retirada do réu da sala de audiência no momento da oitiva de testemunhas, caso verifique que sua presença possa influir no ânimo destas, não havendo, portanto, que se falar em cerceamento de defesa ou violação ao devido processo legal. - Tendo em vista que tanto o atentado violento ao pudor quanto o estupro – agora previstos no mesmo dispositivo do art.213, do CPB, com o advento da Lei 12.015/2009 – ofendem a liberdade sexual, deve incidir a regra do crime continuado. (Apelação Criminal nº1.0512.07.042010-8/001- Relator: José Antônio Baía Borges, data do julgamento, 19/11/2009, publicado em: 11/01/2010) (grifei).

O julgador singular fixou a pena base acima do mínimo legal, em 06 (seis) anos e meio de reclusão, para todos os crimes perpetrados, em face das circunstâncias judiciais desfavoráveis, estando devidamente correta a análise das mesmas, porém, considerou cada um dos delitos isoladamente, por se tratar de vítimas diversas e tendo em consideração a autonomia dos desígnios em relação a cada um deles.

Considerou em relação ao crime de estupro praticado contra Carla Roberta, figurar em favor do acusado a circunstância prevista no art. 65, inc. III, alínea “d”, em virtude de ter o réu confessado espontaneamente a autoria do crime, fato que ocasionou a diminuição da pena em 06 (seis) meses, retornando a sanção ao limite de 06 (seis) anos, e por figurar em desfavor do acusado a causa de aumento prevista no art. 226, II, do CP, majorou a pena aplicada em ¼ (um quarto) , fixando em 07 (sete) anos e 06 (seis) meses de reclusão.

Em relação ao crime de atentado violento ao pudor praticado contra esta mesma vítima, Carla Roberta, por não figurarem circunstâncias agravantes ou atenuantes a serem consideradas, passou a fase seguinte, e por figurar em desfavor do acusado a causa de aumento prevista no art.226, II, do Código Penal, majorou-a em ¼ (um quarto) , fixando, ao final, em 08 (oito) anos, 01 (um) mês e 15 (quinze) dias.

Por fim, considerou a mesma sanção acima individualizada mais duas vezes, por ter sido o crime praticado contra as menores, Francisca Renata Moreira Rocha e Maria Rosânia Lopes da Rocha.

Portanto, passo à reestruturação das penas do réu para o crime previsto no art. 217-A, do Código Penal, para reconhecer a continuidade delitiva.

Levando-se em conta que foram 4 (quatro) os crimes descritos, aumento a maior pena, qual seja, 08 (oito) anos, 01 (um) mês e 15 (quinze) dias, em ¼ (um quarto), conforme art. 71, do Código Penal, restando ao final concretizada em 10 (dez) anos, 01 (um) mês e 26 (vinte e seis) dias.

Em relação à hediondez de tais crimes, não há que se falar em desconsideração do caráter hediondo dos mesmos.

Nesse sentido já se manifestou o Superior Tribunal de Justiça:

HABEAS CORPUS. ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR COM VIOLÊNCIA PRESUMIDA. VÍTIMA DE APENAS 4 ANOS DE IDADE. PENA DE 6 ANOS DE RECLUSÃO, EM REGIME INICIAL FECHADO. CARÁTER HEDIONDO DO DELITO. PRECEDENTES. CRIME PRATICADO ANTERIORMENTE À LEI 11.464/07. APLICAÇÃO DO ART. 33 DO CÓDIGO PENAL. REGIME FECHADO JUSTIFICADO, NA HIPÓTESE. TENRA IDADE DA VÍTIMA E DIVERSIDADE DE ATOS LIBIDINOSOS PRATICADOS. PARECER DO MPF PELA DENEGAÇÃO DA ORDEM. ORDEM DENEGADA.

1. Ao contrário do afirmado no presente *writ*, segundo o entendimento do c. Superior Tribunal Federal, os crimes de estupro e atentado violento ao pudor, ainda que cometidos em suas formas simples ou com violência presumida, são classificados como hediondos. Precedentes.

2. Nos termos da jurisprudência desta Corte Superior, diante da declaração de inconstitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal do §1º, do art. 2º da Lei 8.072/90, para os crimes hediondos, cometidos antes da publicação da Lei 11.464/07, o regime inicial fechado não é obrigatório, devendo pautar-se pelo disposto no art. 33 do CPB.

4. *omissis*.

5. *omissis*

6. Ordem denegada, em consonância com o parecer ministerial. (HC 145.408/SP, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, QUINTA TURMA, julgado em 18/02/2010, DJe 29/03/2010)(grifei).

Por fim, quanto ao regime prisional, razão assiste ao apelante em ser aplicado o inicialmente fechado.

DIANTE DO EXPOSTO,

conheço do recurso, para dar-lhe parcial provimento, alterando a capitulação jurídica dos crimes, para considerar o réu condenado nas sanções do art. 217-A, do Código Penal, bem como reconhecendo a continuidade delitiva, regulada no art. 71, em face das modificações da Lei nº 12.015/2009, apenando o acusado em 10 (dez) anos, 1 (um) mês e 26 (vinte e seis) dias de reclusão, no regime inicialmente fechado.

É como voto.

Fortaleza, 03 de maio de 2010

Habeas Corpus

Nº 2006.0012.0758-0/0 *HABEAS CORPUS* (DE FORTALEZA)

IMPETRANTE: PAULO NAPOLEÃO GONÇALVES QUEZADO E OUTRO

PACIENTE: ROGÉRIO PAULA SAMPAIO

IMPETRADO: JUIZ DE DIREITO DA 8ª VARA CRIMINAL DE FORTALEZA

RELATOR: DESEMBARGADOR LUIZ GERARDO DE PONTES BRÍGIDO

- HABEAS CORPUS.

- ESTELIONATO.

- TRANCAMENTO DA AÇÃO.

- IR-SE A FUNDO, NO HABEAS CORPUS, AO RASO E ESCASSO CONTEXTO PROBATÓRIO DELE EMERGENTE, PARA DEFINIR-SE TER HAVIDO, OU NÃO, O DOLO DO PACIENTE EM TRAPACEAR A VÍTIMA, TRANCANDO-SE A AÇÃO PENAL, CONSISTIRIA GRAVÍSSIMA SUBTRAÇÃO DA COMPETÊNCIA DO JUIZ SINGULAR DE BUSCAR A VERDADE, COLHENDO PROVAS E CONTRAPROVAS NA INSTRUÇÃO CRIMINAL.

- ATOS HÁ QUE CONFIGURAM, A UM SÓ TEMPO, ILÍCITOS CIVIS E ILÍCITOS PENAIS. A ABERTURA DA INSTÂNCIA CRIMINAL “INDICA, AINDA QUE IMPLICITAMENTE, QUE HOVE O EXAME DAS PROVAS ANEXADAS À DENÚNCIA”, QUE SE VIU JUSTA CAUSA PARA A AÇÃO. CONSEQÜÊNCIA ULTRAFINA, NÃO SE IGNORA, DO PRINCÍPIO IN DUBIO PRO SOCIETA, QUE “EM NOSSO SISTEMA SOMENTE TEM APLICAÇÃO EM ESPECÍFICAS OPORTUNIDADES: QUANDO DO OFERECIMENTO DA INICIAL ACUSATÓRIA (DENÚNCIA OU QUEIXA), PORQUANTO NÃO SE COBRA CERTEZA

DEFINITIVA QUANDO À AUTORIA DELITUOSA, SOMENTE INDÍCIOS DA AUTORIA; E NOS PROCESSOS DO JÚRI, QUANDO DO ENCERRAMENTO DA PRIMEIRA FASE (JUDICIUM ACCUSATIONIS), NO MOMENTO DA DECISÃO DE PRONÚNCIA” (EDILSON MOUGENOT BONFIM).

- “NÃO HÁ COMO, NA ESTREITA VIA DO HABEAS CORPUS, ABSOLVER O PACIENTE DA PRÁTICA DE CRIME DE ESTELIONATO, PORQUANTO A AFERIÇÃO DA ATIPICIDADE DA CONDUTA, POR AUSÊNCIA DO DOLO ESPECÍFICO, DEMANDARIA, COM RETIDÃO, O REEXAME DO CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO, A REVISÃO DA SENTENÇA CONDENATÓRIA EM SUA INTEGRALIDADE E O EXERCÍCIO DO CONTRADITÓRIO EM SUA PLENITUDE” (STJ, 5ª T, HC 24.444-SP, RELª. MINISTRA LAURITA VAZ). POR OUTRAS: EM REGRA, SOMENTE NA SENTENÇA OU NO RECURSO DE APELAÇÃO É POSSÍVEL TIRAR-SE A ALGUÉM A INCRIMINAÇÃO DE ESTELIONATO.

- ORDEM DENEGADA À UNANIMIDADE.

Vistos, relatados e discutidos os autos deste habeas corpus, ACORDA a 1ª CÂMARA CRIMINAL do TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO CEARÁ, à unanimidade, em conhecer da impetração, mas para denegar o pedido, nos termos do voto do Relator.

1 – Habeas corpus voltado ao trancamento da ação penal por estelionato movida ao paciente, alegando os impetrantes, em suma, que o constrangimento ilegal derivaria da atipicidade da conduta atribuída ao pretense coacto. Prestadas as informações pela autoridade grafada de coatora, opinou, em seguida, a PGJ, pela denegação do pedido, sendo este o relatório.

2 - O trancamento da ação penal, via habeas corpus, é medida de exceção. À uma, porque importa absolvição precoce do réu, a dizer, sem instrução criminal. À duas, porque constitui séria obstrução ao papel do Estado, por seu agente, o Ministério Público, de atuar na repressão de atos havidos, em tese, como delituosos. Em função deste par de fatores, corre na melhor jurisprudência o entendimento de que “a falta de justa causa só pode ser reconhecida em sede de habeas corpus quando, com o só exame perfunctório dos elementos de prova até então coletados, exsurgir a atipicidade do fato ou a ausência de indícios da autoria” (RT 823:595). Ao mais, “não se presta o habeas corpus ao propósito de substituir o julgador do feito original no exame e ponderação das provas, por escapar ao seu âmbito, a possibilidade do exame crítico de prova e a pesquisa do dolo com que teria agido o paciente” (loc. cit.). Irrazoável, então, que o Tribunal opere com a presunção de que os juízes são uns irresponsáveis, que recebem denúncias por receber, movidos exclusivamente pelo desejo de submeterem inocentes aos rigores de ações penais. Não. O raciocínio a prevalecer é, o de que, ao aceitarem formulações acusatórias, fazem-no convictos de que as denúncias estão calçadas em semiprova da autoria e da tipicidade dos eventos puníveis, devendo passar pelo contraditório, para concluir-se, ao fim da instrução, assegurada a ampla defesa, se os denunciados são, ou não, culpados, se devem, ou não, receber censuras penalógicas.

Na versão dos impetrantes, o paciente, coitado, negociante de carros, vendeu um para Antônia Neuma Nobre Diniz. Entretanto, pago o veículo, não forneceu à compradora, por motivo de extravio, já que, em dificuldades financeiras, teve que fechar a revenda, o documento de transferência definitiva do carro. Nada de estelionato, frisam, porém de situação caracterizadora de inadimplemento contratual afeta ao juízo cível, por onde a falta de justa causa para a persecução penal. No contraponto, reportado pelo juiz da causa que o paciente “e seu comparsa” (não nominado nos informes), deram um “estouro” na praça, causando prejuízos a inúmeros. Arribaram, após, deixando os incautos a ver navios. E que ambos são revéis, estando com prisões preventivas decretadas, pelo risco que representam à “ordem pública e a segurança do patrimônio alheio” (ipsis verbis).

Díspares os perfis riscados em relação ao paciente. Para os impetrantes, um beato infeliz nos negócios, vítima do poder estatal, subjugado que está a uma persecutio criminis arbitrária, destituída de justa causa. Para o impetrado, um refinado golpista, cujo entretenimento, ou meio-de-vida, é ganhar dinheiro enganando os desadvertidos.

Muito bem.

Supondo-se, por supor, que a ação do paciente tenha consubstanciado, como argüido pelos impetrantes, ilícito civil, isto, só por isto, não funciona como ressalva da sua responsabilidade criminal. Ilícitos civis há que são, também, ilícitos penais. O incumprimento contratual pode muito bem tipificar o estelionato. Tudo depende da constatação do animus do agente em alcançar, por ludibrio, vantagem patrimonial incompatível com os escrúpulos que devem governar as transações comerciais.

Não se fez querela ao paciente entre o lusco e o fusco. Antônia Neuma Nobre Diniz negociou com ele e se tomou por lesada. O “sim” do juiz à formulação da promotoria “indica, ainda que implicitamente, que houve o exame das provas anexadas à denúncia”, que se viu a justa causa para a abertura da instância penal. Conseqüência ultrafina (em outra expressão – ululante), do princípio *in dubio pro societa*, que “em nosso sistema somente tem aplicação em específicas oportunidades: quando do oferecimento da inicial acusatória (denúncia ou queixa), porquanto não se cobra certeza definitiva quanto à autoria delituosa, somente indícios de autoria; e nos processos do Júri, quando do encerramento da primeira fase (*judicium accusationis*), no momento da decisão de pronúncia pelo juiz” (EDILSON MOUGENOT BONFIM, Curso de Processo Penal, Editora Saraiva, p. 48 e 439).

Ir-se a fundo, neste habeas corpus, ao raso e escasso contexto probatório dele emergente, para estabelecer-se ter havido, ou não, o dolo do paciente em trapacear a vítima, consistiria gravíssima subtração da competência do juiz singular de instruir a ação na busca pela verdade. Houve fato delineador de crime, em tese. Se o paciente é vigarista, ou a pospelo, comerciante de má sorte, que ocasionou dano involuntário à vítima, só a instrução criminal, terreno apropriado para a ampla produção de provas e de contraprovas, poderá situar em qual dos dois modelos o réu se enquadra. Certíssimo o STJ, portanto, quando assinalou que “não há como, na estreita via do habeas corpus, absolver o paciente da prática de crime de estelionato, porquanto a aferição da atipicidade da conduta, por ausência do dolo específico, demandaria, com retidão, o reexame do conjunto fático probatório, a revisão da sentença condenatória em sua integralidade e o exercício do contraditório em sua plenitude” (5ª T, HC n. 24.444-SP, Relª. Ministra Laurita Vaz, unânime, julgado a 17.2.2004). Quer dizer, em regra, só na sentença ou em recurso de apelação é possível tirar-se a alguém a incriminação de estelionato. No habeas corpus, não.

3 - Do que posto, denega-se a ordem.

Fortaleza, CE, 13 de novembro de 2006.

Nº 2009.0014.9995-0/0 PETIÇÃO DE *HABEAS CORPUS*

COMARCA: CASCAVEL

IMPETRANTE: PEDRO JÁZON DE SOUSA CRISÓSTOMO

PACIENTE: ROBERTO CÉLIO SILVA BORGES

IMPETRADO: JUIZ DE DIREITO DA 2ª VARA

RELATOR: DES. EYMARD DE AMOREIRA

EMENTA: CONSTITUCIONAL. *HABEAS CORPUS*. TRÁFICO DE DROGAS. PRISÃO EM FLAGRANTE. LIBERDADE PROVISÓRIA INDEFERIDA A PRETEXTO DA VEDAÇÃO DO ART. 44 DA LEI Nº 11.343/2006. EXAME DO CASO CONCRETO. PRECEDENTES DESTA CORTE NO HC Nº 2009.0013.7472-3/0. ORDEM DENEGADA.

I. No que tange à impossibilidade da concessão da liberdade provisória para o crime de tráfico, na forma do art. 33 da Lei Antidrogas, exhaustivamente lembrada no parecer do Ministério Público em outras oportunidades, me acostei ao paradigma da decisão datada do dia 13 de março último, do Ministro Celso de Mello que, fazendo valer a autoridade da Carta Republicana, determinou, em caráter liminar, a soltura de uma mulher acusada de tráfico ilícito de entorpecentes. A decisão dimanou do *Habeas Corpus* nº. 97.976. O fundamento da prisão da paciente, ordenada pelo Juiz da Segunda Vara Criminal da comarca de Governador Valares/MG, havia sido exatamente o art. 44 da Lei nº. 11.343/06. Segundo o Ministro, ao obrigar a prisão da traficante, a Lei nº. 11.343/06 ofende a razoabilidade, que seria uma condição necessária no momento da elaboração das leis.

II. Ora, tratando-se de matéria controversa, de dignidade constitucional, a decisão do Ministro Celso de Mello, pioneira sobre o assunto, vinha por mim sendo adotada, tendo em vista o comentário por ele enfocado, nos

seguintes termos, “O poder público, especialmente em sede processual penal, não pode agir imoderadamente, pois a atividade estatal, ainda mais em tema de liberdade individual, acha-se essencialmente condicionada pelo princípio da razoabilidade”, frisou o Ministro na decisão. Por fim, salientou que “o legislador não pode substituir-se ao juiz na aferição da existência, ou não, de situação configuradora da necessidade de utilização, em cada situação concreta, do instrumento de tutela cautelar penal”, o que, em outras palavras, significa dizer que compete ao Judiciário verificar as circunstâncias peculiares de cada caso e decidir pela prisão preventiva ou não do acusado.

III. Até que, no dia 23 de abril último, o *habeas corpus* referenciado foi julgado prejudicado, em face do Juízo processante haver informado a ocorrência do julgamento da ação penal, encaminhando para àquela Suprema Corte cópia da sentença condenatória, proferida nos autos do procedimento penal, sepultando, de uma vez por todas, a oportunidade do julgamento pela Turma do Supremo Tribunal Federal, da polêmica que o caso encerra sobre a inconstitucionalidade do art. 44 da Lei de Drogas.

IV. Nessa consideração, o legislador constitucional previu no art.5º, XLIII, que a lei considerará crimes inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o terrorismo e os definidos como crimes hediondos, por eles respondendo os mandantes, os executores e os que, podendo evitá-los, se omitirem.

V. Nesse passo, o legislador infraconstitucional ao instituir o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre drogas, Lei nº11.343/06, em seu art. 44, de par com a norma Maior, vedou expressamente qualquer espécie de liberdade provisória.

VI. Deveras, na hipótese em questão, o crime de tráfico de substâncias entorpecentes põe em risco a saúde

pública e, pela sua gravidade circunscreve motivo suficiente para que o paciente, suposto autor de traficância, permaneça recolhido ao cárcere, em benefício da paz social.

VII. Decisão unânime.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de petição de *habeas corpus*, nº 2009.0014.9995-0/0, de Cascavel, em que é impetrante o advogado Pedro Jázon de Sousa Crisóstomo, paciente Roberto Célio Silva Borges, sendo impetrado o Juiz de Direito da 2ª Vara da comarca.

Acorda a Turma, por unanimidade de votos, em conhecer da ação e denegar a ordem, nos termos em que opinou a douta Procuradoria Geral de Justiça.

Cuida-se de *habeas corpus* liberatório impetrado pelo advogado Pedro Jázon de Sousa Crisóstomo em proveito do paciente Roberto Célio Silva Borges, que se acha preso em flagrante de delito por infração ao art. 33 da Lei nº 11.343/2006, em cujo discurso o causídico alega que o Magistrado singular da 2ª Vara da comarca de Cascavel, contrariando a Constituição e os requisitos da prisão cautelar, notadamente em razão da vedação preconizada no art. 44 da Lei nº 11.343/06, indeferiu pedido de liberdade provisória do paciente, mantendo-o preso, exarando decisão sem fundamentação idônea para manutenção da prisão, mesmo diante de hipótese, na qual, estão ausentes os fundamentos previstos no art. 312 do Código de Processo Penal.

Requeru assim, a concessão da ordem, para que o paciente possa acompanhar o processo em liberdade.

Informações da autoridade apontada coatora dando conta de que o processo aguarda a apresentação das alegações das partes para promover o julgamento (fs.104/105).

Parecer da douta Procuradoria Geral de Justiça às fs.111/116, opinando pela denegação da ordem.

É o relatório.

Na hipótese *sub judice*, o paciente no dia 13 de abril último foi flagrado no momento em que portava drogas.

No dia 24 de abril, ou seja, 09 (nove) dias após a prisão do paciente, o advogado subscritor desta ação, de par do auto de flagrante, mesmo sem a conclusão do inquérito policial requereu a liberdade provisória, a pretexto da ausência da necessidade de mantê-lo preso, fato desafiado pelas suas condições subjetivas e precedentes jurisprudenciais, especialmente pela decisão do Ministro

Celso de Mello, nos autos do HC nº 97.976 quando concedeu a medida liminar.

A matéria ventilada acerca da polêmica do art. 44 da Lei Antidroga, nos remota a citar como precedente desta Corte de Justiça o HC nº 2009.0013.7472-3/0, de Maracanaú, que assim dispõe:

“Com efeito, no que tange à impossibilidade da concessão da liberdade provisória para o crime de tráfico, na forma do art. 33 da Lei Antidrogas, exaustivamente lembrado no parecer do Ministério Público, em outras oportunidades, me acostei ao paradigma a decisão datada do dia 13 de março último, do Ministro Celso de Mello que, fazendo valer a autoridade da Carta Republicana, determinou, em caráter liminar, a soltura de uma mulher acusada de tráfico ilícito de drogas. A decisão dimanou do *Habeas Corpus* nº. 97.976. O fundamento da prisão da paciente, ordenada pelo Juiz da Segunda Vara Criminal da comarca de Governador Valares/MG, havia sido exatamente o art. 44 da Lei nº. 11.343/06. Segundo o Ministro, ao obrigar a prisão da traficante, a Lei nº. 11.343/06 ofende a razoabilidade, que seria uma condição necessária no momento da elaboração das leis”.

Ora, tratando-se de matéria controversa, de dignidade constitucional, a decisão do Ministro Celso de Mello, pioneira sobre o assunto, vinha por mim sendo adotada, tendo em vista o comentário por ele enfocado, nos seguintes termos, “*O poder público, especialmente em sede processual penal, não pode agir imoderadamente, pois a atividade estatal, ainda mais em tema de liberdade individual, acha-se essencialmente condicionada pelo princípio da razoabilidade*”, frisou o Ministro na decisão. Por fim, salientou que “*o legislador não pode substituir-se ao juiz na aferição da existência, ou não, de situação configuradora da necessidade de utilização, em cada situação concreta, do instrumento de tutela cautelar penal*”, o que, em outras palavras, significa dizer que compete ao Judiciário verificar as circunstâncias peculiares de cada caso e decidir pela prisão preventiva ou não do acusado.

Até que, no dia 23 de abril último, o *habeas corpus* referenciado foi julgado prejudicado, em face do Juízo processante haver informado a ocorrência do julgamento da ação penal, encaminhando para aquela Suprema Corte cópia da

sentença condenatória proferida nos autos do procedimento penal, sepultando, de uma vez por todas, a oportunidade do julgamento pela Turma do Supremo Tribunal Federal, da polêmica que o caso encerra sobre a inconstitucionalidade do art. 44 da Lei de Drogas.

Fato é que, o legislador constitucional previu no art.5º, XLIII, que a lei considerará crimes inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o terrorismo e os definidos como crimes hediondos, por eles respondendo os mandantes, os executores e os que, podendo evitá-los, se omitirem.

Nesse passo, o legislador infraconstitucional ao instituir o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre drogas, Lei nº11.343/06, em seu art. 44, de par com a norma Maior, vedou expressamente qualquer espécie de liberdade provisória.

Deveras, na hipótese em questão, o crime de tráfico de substâncias entorpecentes põe em risco a saúde pública e, pela sua gravidade circunscreve motivo suficiente para que o paciente, suposto autor de traficância, permaneça recolhido ao cárcere, em benefício da paz social.

Nesse sentido:

PROCESSUAL PENAL. *HABEAS CORPUS*. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. PRISÃO EM FLAGRANTE, LIBERDADE PROVISÓRIA. VEDAÇÃO LEGAL. AUSÊNCIA DE MATERIALIDADE. ANÁLISE PROBATÓRIA INCOMPATÍVEL COM A VIA ELEITA. CONDIÇÕES PESSOAIS FAVORÁVEIS. IRRELEVÂNCIA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO CONFIGURADO. ORDEM DENEGADA.

1.O inciso XLIII do art. 5º da Constituição Federal estabelece que o tráfico ilícito de entorpecentes constitui crime inafiançável.

2.Não sendo possível a concessão de liberdade provisória com fiança, com maior razão é a não concessão de liberdade provisória sem fiança.

3.A Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça consolidou o entendimento de que a vedação imposta pelo art. 2º, II, da Lei nº 8.072/90 é fundamento suficiente para o indeferimento da liberdade provisória (HC 76.779/MT, Rel. FÉLIX FISCHER, DJ DE 04/04/2008).

4.A Lei 11.343/06, expressamente, fez constar que o delito de tráfico de drogas é insuscetível de liberdade provisória.

5.O exame da alegação de ausência de materialidade importa, inexoravelmente, em valoração da matéria fático-probatório dos autos, peculiar ao processo de conhecimento, inviável em sede de *habeas corpus*, remédio jurídico-processual, de índole constitucional, que tem como escopo resguardar a liberdade de locomoção contra ilegalidade ou abuso de poder, marcado por cognição sumária e rito célere.

6.Conforme pacífico magistério jurisprudencial, eventuais condições pessoais favoráveis ao paciente – tais como primariedade, bons antecedentes, endereço, família constituída ou profissão lícita – não garantem o direito à renovação da custódia cautelar, quando presentes os requisitos previstos no art. 312 do Código de Processo Penal.

7. Ordem denegada. (STJ – HC 114853/MG; 5ª Turma; Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima; DJ de 01.12.2008).

TJ/SP. “A lei deve ser cumprida. Tal e qual pretendeu o legislador, que, em grave momento, em que se tem certa a disseminação, extraordinária dos tóxicos, em todo o mundo, houve por bem, entre nós, editar lei de rigor mais dilatado, que não se reveste de nenhuma inconstitucionalidade. É, no caso, lei ordinária emanada do poder competente, que em nada arranhou as garantias individuais asseguradas pela Lei Maior”. (Rec. 1008.716-3/6, Rel. Des. Djalma Lofrano)”.

No caso concreto, frente às circunstâncias em que foi flagrado o paciente, denota-se imprescindível sua prisão, mormente para benefício da paz social, impondo-se a denegação da ordem impetrada, principalmente porque se avizinha o seu julgamento, assim como opinou a douta Procuradoria Geral de Justiça.

É como voto.

Fortaleza, 28 de julho de 2009.

Nº 2009.0017.6884-5/0 PETIÇÃO DE HABEAS CORPUS
COMARCA: FORTALEZA
IMPETRANTES: ADAILTON FREIRE CAMPELO E OUTRO
PACIENTE: FRANCISCO ARIELSON DE SOUZA
IMPETRADO: JUIZ DE DIREITO DA 2ª VARA CRIMINAL
RELATOR: DES. EYMARD DE AMOREIRA

EMENTA: CONSTITUCIONAL. HABEAS CORPUS. ROUBO DE CARRO. REPRESENTAÇÃO PELA PRISÃO PREVENTIVA REJEITADA. REAVALIAÇÃO DEPOIS DE MAIS DE DOIS ANOS. PRISÃO PREVENTIVA DECRETADA QUANDO O PACIENTE JÁ ENCONTRAVA-SE PRESO POR OUTROS CRIMES. PRISÃO SERÔDIA E DESNECESSÁRIA.

1. Toda e qualquer prisão cautelar deve prescindir da demonstração concreta da sua utilidade. Na hipótese em estudo, o paciente já se encontrava preso há mais de 02 (dois) anos por outros crimes, logo, a ordem pública não poderia estar sendo ameaçada, a ponto de lhe ser decretada a prisão preventiva, e ainda, de forma serôdia. Nesse sentido: Réu preso por outro processo, STJ: “Se o réu já está preso, é desnecessário outro decreto de prisão, pois prende-se cautelarmente para garantir a ordem pública, a instrução criminal e a efetivação de eventual sentença condenatória. No presídio, é evidente, não poderá praticar um desses três atos. Caso os pratique, não será pelo fato de estar preso, mas, sim, por ineficácia do Estado, que não garante a eficiência da decisão” (RT 738/564).

2. Ordem concedida. Decisão unânime.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de petição de *habeas corpus*, nº 2009.0017.6884-5/0, de Fortaleza, em que são impetrantes Adailton Freire Campelo e outro, paciente Francisco Arielson de Souza, sendo impetrado o Juiz de Direito da 2ª Vara Criminal.

Acorda a Turma, por unanimidade de votos, em conhecer da ação e conceder a ordem, nos termos em que opinou a douta Procuradoria Geral de Justiça.

Os advogados Adailton Freire Campelo e outro impetraram a presente ordem de *habeas corpus* com pedido de cautela liminar, em proveito do paciente Francisco Arielson de Souza, qualificado nos autos, visto que encontra-se recolhido ao cárcere desde o dia 02 de fevereiro de 2007, por infração aos artigos 180; 304 e 311 do Código Penal, e nesta condição permanece sem que o processo criminal tenha encontrado termo.

Dizem mais, que em 25 de março de 2009, sem fato novo, foi decretada

a prisão preventiva do paciente, outrora indeferida quando do recebimento da denúncia, o que configura constrangimento ilegal por falta da necessária fundamentação.

De par da falta de objetividade da prisão decretada, os advogados postularam junto ao Juízo coator a revogação do malsinado decreto, restando indeferido, a pretexto da garantia da ordem pública.

Requereram, assim, a concessão da ordem impetrada, mercê da inconsistência do decreto prisional, haja vista que o paciente encontra-se recolhido por outros crimes.

Informações da autoridade apontada coatora às fs.38/39, dando conta das razões pelas quais decretou a prisão preventiva do paciente.

Parecer da d. Procuradoria Geral de Justiça às fs. 54/56, opinando pela concessão da ordem.

É o relatório.

No dia 08 de maio de 2007, o Promotor de Justiça, com assento junto a 2º Unidade Judiciária Criminal desta comarca, denunciou o paciente por roubo de carga, representando naquela oportunidade pela sua prisão preventiva à conta da garantia da ordem pública.

A Magistrada coacta recebeu a denúncia, mas indeferiu a representação da prisão preventiva, fundamentando seu despacho na ausência de motivação legal, previstos no art. 311 e seguintes do Código de Processo Penal.

Passados quase um ano, a Juíza resolveu reavaliar a representação e, sem nova justificativa, determinou o cárcere provisório do paciente que já se encontrava recolhido por outros delitos.

Com efeito, toda e qualquer prisão cautelar deve prescindir a demonstração concreta da sua utilidade. Na hipótese em estudo, o paciente encontrava-se preso há mais de 02 (dois) anos por outros crimes, logo, a ordem pública não poderia estar sendo ameaçada a ponto de lhe ser decretada a prisão preventiva, e ainda, de forma serôdia.

Nesse sentido, *verbis*:

Réu preso por outro processo, STJ: “Se o réu já está preso, é desnecessária outro decreto de prisão, pois prende-se cautelarmente para garantir a ordem pública, a instrução criminal e a efetivação de eventual sentença condenatória. No presídio, é evidente, não poderá praticar um desses três atos. Caso os pratique, não será pelo fato de estar preso, mas, sim, por ineficácia do Estado, que não garante a eficiência da decisão” (RT 738/564).

Por tais considerações, concedo a ordem impetrada, nos termos em que opinou a d. Procuradoria Geral de Justiça.

É como voto.

Fortaleza, 03 de agosto de 2009.

PROCESSO N.º:625-46.2010.8.06.0000/0
HABEAS CORPUS: COMARCA DE FORTALEZA
IMPETRANTE:SILVIO VIEIRA DA SILVA
IMPETRADA:JUÍZA DE DIREITO DA 12ª VARA CRIMINAL
PACIENTE:SOLONILDO DE OLIVEIRA DA COSTA
RELATOR: DES. PAULO CAMELO TIMBÓ

EMENTA: *HABEAS CORPUS*. PENAL E PROCESSUAL PENAL. EXTORSÃO MEDIANTE SEQUESTRO. FORMAÇÃO DE QUADRILHA. PRISÃO PREVENTIVA. DECISÃO CARENTE DE FUNDAMENTAÇÃO E AUSÊNCIA DE JUSTA CAUSA PARA MANUTENÇÃO DO PACIENTE SEGREGADO. INOCORRÊNCIA. EXCESSO DE PRAZO. COMPLEXIDADE DO FEITO. PLURALIDADE DE RÉUS. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO VERIFICADO. DENEGAÇÃO DA ORDEM.

1. Não há que se falar em decisão carente de fundamentação, se suficientemente demonstrada pela juíza *a quo*, a necessidade da prisão cautelar, de forma a assegurar a incolumidade pública, considerando a gravidade do delito, posto ter sido uma operação criminosa de alta complexidade, bem como pela sua repercussão, tendo a magistrada singular ratificado o que anteriormente havia decidido em outro pedido de revogação da prisão preventiva do acusado.

2. A existência de condições favoráveis ao paciente, por si só, não autoriza a desconstituição da custódia cautelar, quando presentes outros elementos que a justifiquem, o que ocorreu na hipótese.

3. É plenamente justificado o excesso de prazo na formação da culpa, quando se tratar de ação penal complexa, com vários réus e diligências a serem cumpridas em outras comarcas, em face do princípio da razoabilidade.

4. No caso, são 16(dezesseis) réus, tendo sido 1(um) acusado preso em outra comarca, motivando a

expedição de carta precatória, bem como pelas várias testemunhas arroladas pela defesa, o que justifica o eventual atraso para o encerramento da instrução criminal, não havendo, portanto, que se falar em constrangimento ilegal, ante a ausência de desídia do Estado-Juiz.

5. *Writ* conhecido. Ordem 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 maioria de votos e em consonância com o parecer ministerial, em DENEGAR a ordem impetrada, tudo em conformidade com o voto do Relator.

Fortaleza, 12 abril de 2010.

RELATÓRIO

Cuida-se de *habeas corpus* liberatório impetrado em favor do paciente, SOLONILDO DE OLIVEIRA DA COSTA contra suposto ato ilegal praticado pela Juíza de Direito da 12ª Vara Criminal da Comarca de Fortaleza.

Em síntese, alega o impetrante que o paciente encontra-se preso, preventivamente, desde 15.07.2008, por suposta infração ao artigo 159, § 1º e §2º e art.288 c/c art.69, todos do Código Penal Brasileiro, configurando o excesso de prazo na formação da culpa, uma vez que já se passaram mais de 20(vinte) meses, sem que o feito tenha sido julgado, aduzindo que a defesa em nada contribuiu para tal demora.

Sustenta a carência de fundamentação da decisão que manteve a prisão cautelar do acusado e ausência de justa causa para a segregação do mesmo, por ser ele primário, sem antecedentes criminais, possuidor de profissão lícita definida e residência fixa.

Ao final, requereu a liminar, para que o paciente seja posto em liberdade e, no mérito, sua confirmação.

Com a inicial vieram os documentos de fls.10/77.

Liminar indeferida às fls.84/85.

Informações da autoridade impetrada às fls.87/93.

Parecer da Procuradoria Geral de Justiça às fls.350/358, opinando pelo conhecimento da ordem, mas para que seja negada a concessão do *writ*.

É o relatório.

VOTO

Presentes os requisitos de sua admissibilidade, conheço do *writ*.

Como relatado, cuida-se de *habeas corpus* impetrado em favor do paciente, SOLONILDO DE OLIVEIRA DA COSTA, o qual se encontra preso, preventivamente, desde 15.07.2008, por suposta infração ao artigo 159, § 1º e §2º e art.288 c/c art. 69, todos do Código Penal Brasileiro, alegando o impetrante a ocorrência do excesso de prazo na formação da culpa, uma vez que já transcorreram mais de 20 (vinte) meses sem que o feito tenha sido julgado, aduzindo que a defesa em nada contribuiu para tal demora, bem como sustenta a carência de fundamentação da decisão que manteve a custódia preventiva do acusado e ausência de justa causa para segregação do mesmo.

Com efeito, o excesso de prazo na formação da culpa, não pode ser analisado isolada e abstratamente, ou seja, é necessário a sua verificação no caso concreto, levando-se em conta a complexidade do feito, a quantidade de réus, bem como o comportamento das partes, em face do princípio da razoabilidade.

Nesse sentido é a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça:

HABEAS CORPUS. ROUBO DUPLAMENTE CIRCUNSTANCIADO E FORMAÇÃO DE QUADRILHA. EXCESSO DE PRAZO QUE NÃO É EXACERBADO, TAMPOUCO, INJUSTIFICADO. PRINCÍPIO DA RAZOABILIDADE. PRISÃO PREVENTIVA FUNDAMENTADA. GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA E CONVENIÊNCIA DA INSTRUÇÃO CRIMINAL. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO. CONDIÇÕES PESSOAIS FAVORÁVEIS. IRRELEVÂNCIA.

1. Os prazos indicados para a consecução da instrução criminal servem apenas como parâmetro geral, pois variam conforme as peculiaridades de cada processo, razão pela qual a jurisprudência uníssona os tem mitigado, à luz do Princípio da Razoabilidade. Precedentes do Superior Tribunal de Justiça.

2. Na hipótese, resalto que a prisão data de 21/04/2009 e, pelo que se verifica das informações obtidas junto à Corte de origem, o feito apresenta regular processamento, tendo em vista as peculiaridades do caso, que apresenta pluralidade de réus e necessidade de expedição de cartas precatórias, não se constatando o apontado constrangimento ilegal.

3. A manutenção da custódia preventiva encontra-se suficientemente fundamentada, em face das circunstâncias do caso que, pelas características delineadas, retratam, *in concreto*, a periculosidade do agente, a indicar a necessidade de sua segregação para a garantia da ordem pública, em se considerando, sobretudo, o *modus operandi* do delito e a existência de fortes indicativos de que a atividade criminosa era reiterada, o que demonstra, com clareza, a perniciosidade da ação ao meio social.

4. Condições pessoais favoráveis do agente não são aptas a revogar a prisão preventiva, se esta encontra respaldo em outros elementos dos autos.

5. Ordem denegada, com recomendação de urgência na conclusão do feito. (HC 145.038/SC, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 29/10/2009, DJe 30/11/2009) (grifei).

RECURSO ORDINÁRIO EM *HABEAS CORPUS* LIBERATÓRIO. NARCOTRAFICÂNCIA EM UNIDADE PRISIONAL E ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. PRISÃO EM FLAGRANTE EM 20.07.07, POSTERIORMENTE CONVERTIDA EM PREVENTIVA. EXCESSO DE PRAZO (2 ANOS E 2 MESES) JUSTIFICADO. PLURALIDADE DE RÉUS (08 PESSOAS). COMPLEXIDADE DO FEITO. NECESSIDADE DE EXPEDIÇÃO DE CARTAS PRECATÓRIAS. PARECER DO MPF PELO INDEFERIMENTO DO RECURSO. RECURSO ORDINÁRIO DESPROVIDO, COM RECOMENDAÇÃO DE JULGAMENTO PRIORITÁRIO NA ORIGEM.

1. A concessão de *Habeas Corpus* em razão da configuração de excesso de prazo é medida de todo excepcional, somente admitida nos casos em que a dilação (A) seja decorrência exclusiva de diligências suscitadas pela acusação; (B) resulte da inércia do próprio aparato judicial, em obediência ao princípio da razoável duração do processo, previsto no art. 5º, LXXVIII da Constituição Federal; ou (C) implique em ofensa ao princípio da razoabilidade.

2. Neste caso, a demora no término da instrução probatória (2 anos e 2 meses) pode ser atribuída, entre outras causas, à complexidade do feito, inclusive por se tratar de crime de autoria coletiva (08 pessoas), em que acusados Policiais Militares, Agentes Penitenciários e outros detentos, todos com defensores diversos, bem como em razão da necessidade de expedição de cartas precatórias

para outras Comarcas do Estado.

3. Parecer do MPF pelo indeferimento do recurso.

4. Recurso Ordinário desprovido, com recomendação de julgamento prioritário na origem. (RHC 25.914/PE, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, QUINTA TURMA, julgado em 20/10/2009, DJe 09/11/2009). (grifei).

Contudo, extrai-se dos autos, sobretudo nas informações da autoridade impetrada que:

“... trata-se de um processo cheio de peculiaridades, são 16(dezesseis) denunciados, desses, dois ainda se encontram foragidos (JOSÉ ALEXANDRE VIEIRADA SILVA v. Delta e PAULO HENRIQUE DE OLIVEIRA DOS SANTOS v. Sassá) o que motivou o desmembramento do processo com relação a este para não prejudicar o andamento do feito com relação aos demais(...). Ressalte-se, outrossim, que a prova encerrou-se para o Ministério Público em 03 de junho de 2009 com a oitiva de testemunhas arroladas na peça acusatória, daí em diante seis audiências foram redesignadas por este juízo com o intuito de oitivar todas as testemunhas arroladas pela defesa, bem como interrogar os acusados, que com o novo rito processualístico deve ocorrer após a oitiva das testemunhas arroladas pelas partes. É fato que algumas audiências foram adiadas, porém para nenhum desses adiamentos concorreu este juízo ou o Ministério Público, lado outro, a própria defesa deu causa ao adiamento das audiências designadas para os dias 03.06 e 22.07.2009, fls. 1217/1218 e 1255, uma vez que os acusados ALEXANDRO DE SOUSA RIBEIRO E MÁRCIO TEIXEIRA PERDIGÃO não tendo sido apresentados pelo presídio. Audiência do dia 17.08.2009, fls. 1304, deixou de realizar-se em virtude dos autos encontrarem-se no mutirão carcerário do CNJ, que não reconheceu excesso de prazo nem tão pouco que os acusados preenchessem requisitos para terem suas liberdades concedidas. Audiência do dia 14.09.09, fls. 1356, adiada em virtude do não comparecimento de um dos acusados FRANCISCO GENÉRIO BRUNO DA SILVA por motivo de doença. Nas demais audiências, não se conseguiu por fim a fase instrutória, em virtude da defesa não dispensar testemunhas da conduta (...). O delito fora cometido contra um adolescente, em concurso de agentes por um grupo armado

composto por elementos de alta periculosidade, em uma ação ousada arrebataram o referido menor do interior de um colégio de um bairro nobre de nossa capital, havendo fortes indícios da participação do requerente e crimes dessa natureza tem trazido à sociedade intranquilidade e desassossego (...).”

Desta feita, no caso em questão, verifico que o excesso de prazo para a formação da culpa encontra-se plenamente justificado, eis que trata-se de processo bastante complexo, com 16 (dezesseis) réus, estando dois foragidos, fato que ocasionou o desmembramento do processo para não prejudicar o andamento do feito em relação aos demais, além de um dos acusados ter sido preso em outra comarca, motivando a expedição de carta precatória, bem como pelas várias testemunhas arroladas pelos acusados, gerando um grande número de pessoas a serem oitivadas, inclusive em outros municípios e estados, como bem afirmou a autoridade coatora (fl.91).

Ademais, como se pode depreender das informações prestadas pela magistrada *a quo*, a prova já fora encerrada para o Ministério Público desde o dia 03.06.2009.

Portanto, percebe-se que os fatos que deram ensejo à demora na instrução processual, não se devem ao aparato judicial, mas à complexidade da causa, inexistindo, assim, constrangimento ilegal por excesso de prazo na formação da culpa, ante a ausência de desídia do Estado-Juiz.

Esse é o entendimento do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul:

EMENTA: *HABEAS CORPUS*. ROUBOS. FORMAÇÃO DE QUADRILHA. 1. MATÉRIA PROBATÓRIA. AUTORIA. INDÍCIOS SUFICIENTES. PROVA PLENA. INOCORRÊNCIA DE ILEGALIDADE OU ABUSO PERCEPTÍVEL *ICTU OCULI*. INVIABILIDADE DE ANÁLISE. *HABEAS CORPUS*. 2. **EXCESSO DE PRAZO. COMPLEXIDADE DO FEITO. PLURALIDADE DE RÉUS E DE CRIMES. POSSIBILIDADE DE ATRASO NA CONCLUSÃO SENTENCIAL.** 3. DECRETO PRISIONAL. NECESSIDADE DA CAUTELA PRISIONAL DEMONSTRADA. DESPACHO JÁ EXAMINADO EM JULGADO ANTERIOR. INALTERADA SITUAÇÃO DO PACIENTE. Ordem denegada. (*Habeas Corpus* Nº 70034007526, Quinta Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Aramis Nassif, Julgado em 24/02/2010)(grifei).

No mesmo sentido, o Superior Tribunal de Justiça:

HABEAS CORPUS LIBERATÓRIO. NARCOTRAFICÂNCIA, FINANCIAMENTO E ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO DE DROGAS (ARTS. 33, 35 E 36, TODOS DA LEI 11.343/06). PRISÃO PREVENTIVA EM 06.02.2008. EXCESSO DE PRAZO. COMPLEXIDADE DO FEITO. DILAÇÃO PROVOCADA PELA DEFESA, QUE INSISTE NA REALIZAÇÃO DE COMPLEXO EXAME PERICIAL DE CONFRONTO DE VOZ EM 46 CD'S. DEMAIS ATOS PROCESSUAIS REALIZADOS. SÚMULA 64/STJ. PARECER DO MPF PELA DENEGAÇÃO DA ORDEM. ORDEM DENEGADA, COM RECOMENDAÇÃO DE CELERIDADE.

1. A concessão de *Habeas Corpus* em razão da configuração de excesso de prazo é medida de todo excepcional, somente admitida nos casos em que a dilação (A) seja decorrência exclusiva de diligências suscitadas pela acusação; (B) resulte da inércia do próprio aparato judicial, em obediência ao princípio da razoável duração do processo, previsto no art. 5º, LXXVIII da Constituição Federal; ou (C) implique em ofensa ao princípio da razoabilidade.

2. A instrução criminal vem se desenvolvendo em ritmo compatível com a complexidade do feito, inexistindo qualquer desídia do Juízo processante. O alongamento da instrução criminal (1 ano e 10 meses) pode ser atribuído, entre outras causas, ao pedido de realização de complexo exame pericial de confronto de voz formulado pela defesa, sendo certo que os demais atos processuais foram realizados.

Inafastável, assim, a incidência da Súmula 64 do STJ, segundo a qual, não constitui constrangimento ilegal o excesso de prazo na instrução, provocado pela defesa.

3. Parecer do MPF pela denegação da ordem.

4. Ordem denegada, com recomendação de celeridade. (HC 143.335/SP, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, QUINTA TURMA, julgado em 04/02/2010, DJe 01/03/2010).(grifei)

No que pertine à carência de fundamentação da decisão que manteve a custódia cautelar do paciente, bem como a ausência de justa causa para a segregação do mesmo, por ser ele primário, sem antecedentes criminais, possuidor de profissão lícita definida e residência fixa, também não há como serem acolhidos tais argumentos.

O exame dos autos revela que se mostra justificada a prisão do paciente, posto que presentes os pressupostos legais previstos no art.312, do Código de Processo Penal, estando a decisão *a quo* fundamentada, não havendo que se falar em sua nulidade.

Consta na referida decisão que (fls.76/77):

“...Como bem ressaltado pela representante do Ministério Público, a prisão preventiva do requerente fora decretada por este juízo tendo por pressuposto a garantia da ordem pública e como forma de acautelar o meio social e resguardar a credibilidade da justiça em face da gravidade do delito e de sua repercussão. Da análise dos autos depreende-se que não há fatos novos a fundamentar o presente pedido. Destarte, e em consonância com o parecer da Representante do Ministério Público, cujos fundamentos adoto como razão de decidir, indefiro mais uma vez o pedido de revogação da prisão preventiva, tendo em vista persistir o motivo que ensejou a decretação da mesma”

Desta feita, contrariamente ao sustentado pelo impetrante, o decreto da prisão cautelar foi motivado pela necessidade de assegurar a incolumidade pública, considerando a gravidade do fato delituoso, posto ter sido uma operação criminosa de alta complexidade, bem como pela sua repercussão, tendo a juíza *a quo* ratificado o que anteriormente havia decidido em outro pedido de revogação da prisão preventiva do acusado, o qual foi indeferido (fl.42/43).

Portanto, não há que se falar em ausência de justa causa, já que demonstrada a necessidade e conveniência da segregação, uma vez que fora baseada em fatos concretos, com intuito de coibir a continuidade da prática delitiva, danosa à sociedade.

Assim, a prisão está fundamentada e a necessidade decorre da própria situação fática.

Por fim, ressalto que eventuais condições favoráveis do agente, como primariedade, ocupação lícita e residência fixa não constituem óbice à manutenção da custódia prévia, não conferindo ao paciente o direito subjetivo à liberdade provisória, nem mesmo atenta contra o princípio constitucional da presunção de inocência.

Nesse sentido é o entendimento desta Corte:

EMENTA: *HABEAS CORPUS* - PENAL E PROCESSO PENAL - PORTE ILEGAL DE ARMA DE FOGO - INOCORRÊNCIA DE EXCESSO DE PRAZO - LIBERDADE DO PACIENTE QUE ENSEJA RISCO IMINENTE E CONCRETO À ORDEM PÚBLICA - CONDIÇÕES PESSOAIS FAVORÁVEIS NÃO TÊM O CONDÃO DE ELIDIR A MANUTENÇÃO DE PRISÃO CAUTELAR - COAÇÃO ILEGAL NÃO CONFIGURADA - ORDEM CONHECIDA, PORÉM DENEGADA.

1. Não se configura coação ilegal quando o excesso de prazo em quaisquer das fases do processo decorre das circunstâncias concretas do feito e, sobretudo, quando a defesa dá causa.

2. Em outra via, percebe-se que resta demonstrado nos autos que a liberdade do paciente impõe risco iminente e concreto à ordem pública, em face da periculosidade do agente, consubstanciada na reiteração delitiva.

3. Condições pessoais favoráveis não tem o condão de imunizar o paciente contra a decretação e a manutenção de prisão cautelar.

4. Ordem conhecida e denegada. (*Habeas Corpus* nº: 7078-91.2009.8.06.0000/0; Relator: Des. Francisco Gurgel Holanda; 2ª Câmara Criminal, julgado em 20/07/2009).(grifei)

Ante o exposto, em consonância com o parecer da douta Procuradoria de Justiça, denego a ordem impetrada.

É como voto.

Fortaleza, 12 de abril de 2010.

Nº 21077-14.2009.8.06.0000/0

HABEAS CORPUS (DE PACAJUS)

IMPETRANTE: ANASTÁCIO RÉGIS BEZERRA AGUIAR

PACIENTE: ANASTÁCIO RÉGIS BEZERRA AGUIAR

IMPETRADA: JUIZA DE DIREITO DA 2ª VARA DA COMARCA DE PACAJUS

RELATOR: DES. LUIZ GERARDO DE PONTES BRÍGIDO

-HABEAS CORPUS.

-NÃO SENDO ACOSTADA À INICIAL CÓPIA DA DECISÃO INDEFERITÓRIA DO PEDIDO DE LIBERDADE PROVISÓRIA, SEJA POR DESLEIXO OU POR ATECNIA, QUEDA IMPOSSIBILITADA A AFERIÇÃO, PELO ÓRGÃO JULGADOR, DA PRETENZA ARBITRARIEDADE NA RESTRIÇÃO AO STATUS LIBERTATIS DO PACIENTE, PORQUANTO INVIABILIZADO O EXAME DO CONVENCIMENTO EXTERIORIZADO PELA AUTORIDADE IMPETRADA. INCOGNOSCIBILIDADE, NO PONTO.

-REITERAÇÃO DO PEDIDO PERANTE O MESMO ÓRGÃO JULGADOR, SEM QUE SE APRESENTE SITUAÇÃO NOVA, SUPERVENIENTES ELEMENTOS DE CONVICÇÃO OU ARGUMENTAÇÃO INÉDITA, A REDUNDAR, E INEVITAVELMENTE, NA INCOGNOSCIBILIDADE DA IMPETRAÇÃO.

-CONSTATADA CONEXÃO ENTRE UM CRIME PREVISTO NA LEI ANTIDROGAS E OUTRO DE ESPÉCIE DIFERENTE, PREVALECERÁ O PROCEDIMENTO ADOTADO PARA A INFRAÇÃO MAIS GRAVE. PRECEDENTES JURISPRUDENCIAIS.

-IMPETRAÇÃO CONHECIDA, EM PARTE, E DENEGADÁ À UNANIMIDADE.

Vistos, relatados e discutidos os autos acima identificados.

1- O impetrante/paciente, co-denunciado por tráfico de drogas, formação de quadrilha e porte ilegal de arma, busca sua soltura, alegando, em síntese, excesso de prazo para o fim da instrução; cerceamento do exercício do contraditório e da ampla defesa, aduzindo para tanto que não foi adotado o rito ordinário no processo; e, por fim, constrangimento ilegal por lhe ter sido negada a liberdade provisória, ao passo que o benefício foi concedido à co-ré Francisca Suely Pontes Queiroz.

Liminar indeferida, informes nos autos, a PGJ é pelo conhecimento parcial do *writ*, para que, nessa parte, seja-lhe negado provimento.

É o relatório, a curto.

2– Enfrenta-se a suplicatória com a recomendável objetividade.

Já se disse, e com razão, que o procedimento do *mandamus* não comporta “providências de instrução” a cargo do juiz ou do relator (RT 472/340). Quer isso significar que a autoridade judiciária não pode, nem deve, substituir-se ao impetrante descuidado no ônus, que é exclusivamente dele, de documentar a impetração com cópia de peça essencial à avaliação da existência, ou não, no caso concreto, do constrangimento ilegal experimentado pelo paciente (RT 536/385).

“Fundando-se a impetração em ilegalidade de decisão cujo teor não se tem notícia nos autos, não merece conhecimento o pedido, haja vista que o *habeas corpus*, como remédio constitucional, tem de vir instruído com prova pré-constituída” (STJ, 6ª T., HC nº 8.692, rel. Min. Fernando Gonçalves). Impetração lacunosa do ponto de vista documental, não merecendo, nesse tópico, sequer conhecimento.

Igualmente, não será conhecido o alegado excesso de prazo, matéria já analisada no julgamento do HC nº 2009.0014.9375-7/0, *in verbis*: “Quatro denunciados, mais vários pedidos de relaxamento de prisão e de concessão de liberdade provisória, aliados ao intrincado procedimento da Lei nº 11.343/06 (Antidrogas), deixam a causa complexa, justificada, então, a dilação para o encerramento da instrução criminal, inflectindo, no caso, o juízo da razoabilidade (...)” (TJCE, HC 2009.0014.9375-7/0, 1ª CCrim., rel. Des. Luiz Gerardo de Pontes Brígido, julgado em 07/12/2009).

Cediço que para a renovação do *writ*, é indispensável a existência de novidade fática, prova nova, ao menos de argumento inédito, a ensejar novo julgamento. Portanto, tratando-se, como se trata, da mesmíssima matéria apreciada no *habeas corpus* anterior, falta ao paciente o interesse de agir, pelo que a impetração é reprovada, e inevitavelmente, no juízo de conhecimento.

Precedente aplicável: “Não se conhece de *habeas corpus* que se limita a trazer, em sua inicial, alegações já ventiladas em remédio constitucional anterior, denegado pelo colegiado, tratando-se de mera reiteração dos argumentos rechaçados naquela oportunidade” (STJ, 5ª T, HC nº 130380/RS, rel. Min. Jorge Mussi, DJe de 3/8/2009).

Finalmente, entende-se que em casos de conexão entre crimes descritos na Lei nº 11.343/06 e delitos de outra espécie, seguir-se-á o rito previsto para a infração mais gravosa. Têm-se, *in casu*, a adoção, correta e adequada, do procedimento constante na Lei Antidrogas, incabível o almejado rito ordinário.

Entendimento do STJ: “Havendo conexão ou continência entre crimes definidos na Lei de Entorpecentes e outras infrações, prevalecerá o procedimento traçado para a infração mais grave, ressalvados os da competência do júri e das jurisdições especiais (competência absoluta)” (STJ, HC 79621/SC, rel. Min. OG Fernandes, 6ª T., DJ de 15/09/2008).

Impetração, portanto, denegada nessa parte.

3– Diante do exposto, ACORDA a 1ª CÂMARA CRIMINAL do TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO CEARÁ, à unanimidade, em conhecer parcialmente da impetração, para, nessa parte, denegá-la, em consonância com o parecer da PGJ e nos termos do voto do Relator.

Fortaleza, CE, 15 de dezembro de 2009.

Recurso Crime em Sentido Estrito

Nº 2000.0157.0808-0/1

RECURSO CRIME EM SENTIDO ESTRITO (de Russas)

RECORRENTE: JOSÉ CHAGAS DE ARAÚJO

RECORRIDA: A JUSTIÇA PÚBLICA

RELATOR: DES. LUIZ GERARDO DE PONTES BRÍGIDO

**- RECURSO CRIME EM SENTIDO ESTRITO.
-VICEJANDO DO SUMÁRIO INDICATIVOS,
E SALIENTES, DE QUE O RECORRENTE
NÃO QUIS SIMPLEMENTE VULNERAR A
INTEGRIDADE FÍSICA DA VÍTIMA, SENÃO
MATÁ-LA, TAL A VIOLÊNCIA DO GOLPE
QUE DESFERIU NA CABEÇA DO
OBITUADO, ESFACELANDO-LHE PARTE DA
CALOTA CRANIANA, REPELE-SE, DE
PRONTO, A PRETENDIDA DESCLASSI-
FICAÇÃO DO ATO PUNÍVEL PARA LESÃO
CORPORAL SEGUIDA DE MORTE, TAL A
NITIDEZ DO *ANIMUS NECANDI* NA
HIPÓTESE, TRANSFERIDA À CAUSA PARA
O JÚRI, FORO NATURAL DOS HOMICIDAS.
-NÃO SE EJETAM DA PRONÚNCIA AS
QUALIFICADORAS DA FUTILIDADE E DA
SURPRESA, SE OS INDÍCIOS FOMENTAM A
CONVICÇÃO DE QUE A VÍTIMA FOI
ASSASSINADA POR MERA DESINTELI-
GÊNCIA PRETÉRITA E ENQUANTO,
EMBRIAGADA, DORMIA A SONO SOLTO.
-IMPROVIMENTO.
-UNÂNIME.**

Vistos, relatados e discutidos os autos acima identificados.

1. O recorrente, prenomeado, foi pronunciado pela prática do delito do art. 121, § 2º, inc. s. II e IV, do CP, porque tirou, com uma paulada, a vida de Luis de Sousa Silva.

Alega, em suma, que não teve intenção de matar a vítima, mas apenas de lesioná-la, pelo que pede, ao final, a desclassificação da incriminação vertida na prolação a quo para a de lesão corporal seguida de morte ou, alternativamente, se diversa for a convicção da turma julgadora, a exclusão das qualificadoras, indo a Júri pelo tipo do art. 121, caput, do CP.

Recurso contra-arrazoado, mantido o despacho de pronúncia, nesta Corte, pronunciou-se a PGJ pelo improvimento da irresignação.

É o relatório.

2. A delatória dá conta de que no dia 25 de fevereiro de 2001, lugarejo de Miguel Pereira do Mauro, Russas, o recorrente e a vítima, que já o agredira tempos atrás, mais alguns amigos, atravessaram o dia e entraram pela noite em intensa libação alcoólica. Pelas 23h, encerrada a patuscada, a vítima, “melada”, seguiu para sua residência. No quintal, deitou-se em uma rede e adormeceu. O recorrente, no exercício de planejada vindita, armou-se com uma estaca, aproximou-se, de sorrate, do embriagado desafeto, que já estava ferrado no sono, e desferiu-lhe violentíssima paulada na cabeça, esfacelando os ossos da calota craniana da vítima, conforme atestado no laudo cadavérico, levando-a à morte, em razão do traumatismo crânio-encefálico.

Para operar a desclassificação apriorística do ilícito, como quer o recorrente, para o tipo do art. 129, § 3º, do CP, “o evento morte não deve ser querido nem eventualmente, ou seja, não deve ser compreendido pelo dolo do agente, senão o crime será de homicídio” (FERNANDO CAPEZ, Curso de Direito Penal, Vol. 2, Saraiva, 2003, p. 142).

Examinados os autos, folha a folha, e com isenção, infere-se, a partir da prova coletada no sumário, que não há evidências limpas e seguras de que o recorrido ao fraturar, em vários pedaços, o crânio da vítima, pretendesse, como afirmou, apenas feri-la. E tanto isso é certo, que direcionou o fortíssimo golpe

para atingi-la em sítio de reconhecida letalidade. Acertou-a na cabeça, fazendo duvidosa a tese do homicídio preterintencional, fruto de mera alegação, diante da fundada suspeita de que, in casu, houve o animus necandi (vontade de matar) componente do tipo penal cogitado na promoção ministerial. Caberá ao Colegiado Popular, então, em julgamento de ampla valoração probatória, resolver se o recorrente agiu, ou não, com dolo de homicídio. Por ora, os elementos indiciários, em visada sumária, apontam em direção contrária à tese da defesa. E isso, é o quanto basta para transportar-se à causa ao foro natural dos homicidas, até porque “o juízo de desclassificação merece sucumbir a qualquer sinal de dolo, direto ou eventual, voltado à extirpação da vida humana” (GUILHERME DE SOUSA NUCCI, Código de Processo Penal Comentado, RT, 2002, p. 650-1).

Descartado o primeiro tópico recursal, passa-se ao segundo, que igualmente é desprovido de vigor jurídico. Deveras, não se ejetam da pronúncia as qualificadoras se os indícios fomentam a convicção de que o homicídio teve móvel e execução que lhe exasperam a reprovabilidade penal.

Ora, matar por causa de simples desavença é matar por motivo fútil. E matar a vítima enquanto ela, entorpecida pelo álcool, dormia a sono solto, é matar aproveitando-se da impossibilidade de defesa alheia.

Súmula 3 do Tribunal de Justiça do Ceará: “As circunstâncias qualificadoras constantes da peça acusatória somente serão excluídas da pronúncia quando manifestamente improcedentes, em face do princípio do in dubio pro societate”.

De bom aviso, conseqüentemente, a sujeição do recorrente a Júri, tal como consignado na pronúncia.

3. Nessas condições, ACORDA a 1ª CÂMARA CRIMINAL do TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO CEARÁ, à unanimidade, em conhecer do recurso, mas para negar-lhe provimento, mantida a pronúncia do recorrente, nos termos em que exarada.

Fortaleza, CE, 5 de dezembro de 2006.

Nº2006.0001.6766-5/1 RECURSO CRIME EM SENTIDO ESTRITO

COMARCA: TAMBORIL

RECORRENTE: ISMAEL MARTINS DE SOUSA

RECORRIDA: A JUSTIÇA PÚBLICA

RELATOR: DES. EYMARD DE AMOREIRA

EMENTA: TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DO JÚRI. CRIMES DOLOSOS CONTRA A VIDA. RECURSO CRIME EM SENTIDO ESTRITO. SENTENÇA DE PRONÚNCIA. LEGÍTIMA DEFESA. ABSOLVIÇÃO SUMÁRIA NA FORMA DO ART. 415 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. IMPOSSIBILIDADE.

1. A desdúvidas, a pronúncia ora vergastada, bem lançada e estadeada nos limites investigatórios próprios de sua natureza, na condição de despacho regrado, de conteúdo meramente declaratório da viabilidade da acusação, não merece, no caso presente, juízo de reforma, devendo o Tribunal Popular do Júri da comarca de origem incumbir-se da decisão final sobre as condições em que ocorreu o crime atribuída ao recorrente.

2. Nesse passo é que, o anseio do recorrente na fase processual de que se cuida afigura-se inviável na medida em que sua despronúncia, à vista dos fortes indícios de sua participação no evento criminoso, tal qual narrado na denúncia, implicaria grave malferimento da competência constitucional reservada ao Tribunal do Júri, a quem cabe dirimir sobre os delitos contra a vida. Precedentes do Supremo Tribunal Federal (RT

553/423). No mesmo sentido: STF- RTJ 690/380.

3. Recurso improvido. Decisão unânime.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de recurso crime em sentido estrito, nº 2006.0001.6766-5/1, de Tamboril, em que é recorrente Ismael Martins de Sousa e recorrida a Justiça Pública.

Acorda a Turma, por unanimidade de votos, em conhecer do recurso, mas para lhe negar provimento, nos termos do parecer da douta Procuradoria Geral de Justiça.

Cuida-se de recurso crime em sentido estrito interposto por Ismael Martins de Sousa, qualificado nos autos, contra decisão do Juízo da Vara Única da comarca de Tamboril que o pronunciou nas penas do artigo 121, § 2º, II, do Código Penal, isso porque no dia 06 de janeiro de 2006, por volta das 23h, nas dependências do Colégio Expedido Mendes Chaves, Distrito de Sucesso, naquele município, o recorrente, com fatal estocada de faca, levou a óbito a pessoa de Manoel Fernandes da Silva, conforme dá conta o auto de exame cadavérico de fs. 21.

Afirma o recorrente que inexistem nos autos qualquer prova ou indício idôneos que autorizem a sua pronúncia, mormente por ter agido amparado sob o manto da legítima defesa própria, *ex vi* do art. 25 do Código Penal.

Requeru, desta feita, sua absolvição sumária na forma do art. 415 do Código de Processo Penal.

Contrarrrazões da parte *ex adversa* às fs.172/173.

Despacho de sustentação exarado às fs. 174.

Nesta Superior Instância, os autos foram com vista à douta Procuradoria Geral de Justiça que, com o parecer de fs.179/182, opinou pelo improvimento do recurso.

É o relatório.

Inferem-se dos apuratórios policial e judiciário consubstanciados na prova testemunhal que na noite do crime, durante uma festa de término de curso, a vítima dançava despreocupadamente quando o recorrente, sem qualquer motivo

aparente, desferiu-lhe uma profunda facada. Socorrido por mãos amigas, veio a falecer momentos depois.

A toda sorte, a pronúncia ora vergastada, bem lançada e estadeada nos limites investigatórios próprios de sua natureza, na condição de despacho regrado, de conteúdo meramente declaratório da viabilidade da acusação, não merece, no caso presente, juízo de reforma, devendo o Tribunal Popular do Júri da Comarca de origem incumbir-se da decisão final sobre as condições em que ocorreu o crime atribuída ao recorrente.

Nesse passo é que, o anseio do recorrente na fase processual de que se cuida afigura-se inviável, na medida em que sua despronúncia, à vista dos fortes indícios de sua participação no evento criminoso, tal qual narrado na denúncia, implicaria grave malferimento da competência constitucional reservada ao Tribunal do Júri, a quem cabe dirimir sobre os delitos contra a vida.

Ademais, não se deve perder de vista que o recorrente sequer apontou, em suas razões, os motivos, com respaldo na prova, justificadores da ilação despronunciatória pretendida, cingindo-se apenas a historiar, resumidamente, o desencadear dos autos, mas ignorando os firmes aspectos pontuais da prova revelados pelo titular da ação penal, reconhecidos na decisão hostilizada.

De modo que, com base em tais considerações, não existindo a alegada controvérsia entre a sentença de pronúncia e a prova colhida, a ponto de despronunciar o recorrente e proclamar sua absolvição sumária, a pretexto da falta de exame minucioso da prova dos autos, deve prevalecer a admissibilidade da acusação dirigida ao recorrente, tendo-se em vista, outrossim, que a sentença de pronúncia é de conteúdo declaratório e nela se cuida da viabilidade da acusação, tendo como pré-requisito apenas elementos que convençam o Juiz da existência do crime e de indícios de que o réu seja o autor, encerrando mero juízo de admissibilidade, competindo ao Tribunal do Júri, juízo natural dos crimes dolosos contra a vida, o encargo de julgar o réu pronunciado, acatando ou não o que ficou estabelecido naquela decisão. Nesse sentido, pacífico é o entendimento do Excelso Pretório, *verbis*:

“STF: Para a decisão de pronúncia, mero juízo de admissibilidade da acusação, basta que o juiz se convença, dando os motivos de seu convencimento, da existência do crime e de indícios de que o réu seja autor” (RT 553/423).

No mesmo sentido: STF- RTJ 690/380.

Nestas condições, nego provimento ao recurso para manter a decisão recorrida, nos termos do parecer da douta Procuradoria Geral de Justiça.
É como voto.

Fortaleza, 14 de outubro de 2009.

ÍNDICE ALFABÉTICO
JURISPRUDÊNCIA CÍVEL

APELAÇÃO CÍVEL

- Ação possessória – discussão sobre o domínio – descabimento – requisitos para a tutela possessória presentes – apreciação e valoração das provas feitas com prudência pelo juiz *a quo*100.
- Acidente envolvendo automóvel e locomotiva – cruzamento de linha férrea com via urbana – sinalização deficiente – visibilidade prejudicada – negligência da companhia ferroviária – automóvel em velocidade acima da permitida – evento morte – responsabilidade civil constatada – culpa concorrente.....113/114.
- Administradora de cartão de crédito – instituição financeira – capitalização de juros com periodicidade inferior a um ano – possibilidade na espécie – comissão de permanência – inexistência.....40.
- Adoção *pos mortem* – pedido de anulação de sentença, em face do não acolhimento de prova testemunhal – ausência de ilegalidade no ato – adoção sócio-afetiva que se prestigia – princípio da dignidade da pessoa humana.....194/195.
- Cheque – protesto – perda do talonário – ausência de registro policial da ocorrência – ação de reparação de danos morais e materiais - audiência de instrução – não comparecimento da parte autora e seu advogado – intimados por via postal – presunção de validade – conjunto probatório suficiente a fundamentar o decisório – apuração da verdade real.....80.
- Concessionária de serviço público – manutenção do fornecimento de energia - ação equivocadamente rotulada de cautelar – dispensa de propositura de ação principal - pretensão de medida satisfativa – inexistência de desvio de energia elétrica – dano moral configurado.....25/26.
- Concurso público – revisão de provas - questões prévias: assistência litisconsorcial – ingresso após o deferimento da liminar ao assistido – burla ao princípio do juiz natural – não cabimento da assistência – extinção do feito sem julgamento de mérito.....127/232.
- Contribuição para custeio do serviço de iluminação pública – previsão no Art. 149-A, da Constituição Federal/88 - arguição incidental de inconstitucionalidade de norma municipal – não acolhimento – Lei municipal que instituiu a exação com observância às limitações ao poder de tributar.....162/163.
- Crítica jornalística – liberdade de expressão e crítica – ausência de ânimo infamante – responsabilidade civil – dano moral não caracterizado – indenização indevida.....86.
- Curso de habilitação – realização por força de decisão cautelar – finalização do curso antes do julgamento da demanda – aplicação da teoria do fato consumado

- impossibilidade – imperiosa apreciação da causa de pedir – sentença que não apreciou o mérito da lide.....52/53.
- Desapropriação por utilidade pública – justo preço – laudo pericial – método comparativo – não produção de provas capazes de modificá-lo – juros compensatórios e moratórios – afastada Súmula 70 do STJ – honorários advocatícios.....210/211.
- Direito sucessório – filho adotivo – escritura pública de adoção e óbito verificados antes da vigência da Constituição Federal de 1988 – direitos do adotivo sob a égide do Código Beviláqua – vedação ao direito sucessório quando presentes filhos naturais, nascidos antes do ato de adoção.....206.
- Doença grave – fornecimento de medicamento de forma gratuita pelo ente público – risco de morte – recusa do Estado – dever de ordem constitucional – descumprimento – direitos indisponíveis que devem ser resguardados.....45.
- DPVAT – quitação dada em via administrativa – discussão judicial acerca de eventual complementação da indenização – plausibilidade – possibilidade de utilização do salário mínimo como base para a aferição de valores da indenização – quantificação do valor da indenização decorrente de invalidez permanente.....223/224.
- Empresarial – nome comercial – registro – princípios da anterioridade e exclusividade – atividades semelhantes – identificação própria – uso desautorizado – proteção legal – Lei nº 8.934/1994, Arts. 33 e 35.....180/181.
- Execução fiscal – INSS – arrematação de bem imóvel – preço vil – embargos – anulação da arrematação – recurso *ex-officio* – competência jurisdicional do TRF da 5ª Região.....75.
- Mandado de segurança – sentença – apelação interposta pela autoridade coatora durante a vigência da Lei nº 1.533/1951 – legitimação para recorrer do ato judicial – prerrogativa processual do representante da pessoa jurídica interessada – ilegitimidade *ad recursum*.....65/66.
- Militares inativos – acréscimo vencimental – majoração da indenização de representação – Lei estadual nº 12.528/95 – postergação dos efeitos financeiros por lei superveniente (12.590/96) – ofensa a direito adquirido.....185/186.
- Previdência privada – aplicação do Código de Defesa do Consumidor – complementação de aposentadoria – limite etário – Art. 31, Inciso IV, do Decreto nº 81.240/78 – incompatibilidade com o atual ordenamento jurídico e o regime anterior – violação ao Art. 84, Inciso IV, da CF/88.....173.
- Previdência privada – desvinculação do empregado – levantamento das contribuições por este vertidas – cláusula de recebimento parcial abusiva – nulidade – aplicação das normas do CDC – correção monetária devida – parcelas pagas pela empresa – restituição ao empregado – descabimento.....106/107.
- Reintegração de posse – exclusão de litisconsorte – esbulho demonstrado – existência de comodato verbal – benfeitorias realizadas – improvas – prazo para desocupação do imóvel.....89/90.

| | |
|--|----------|
| Reintegração de posse – requisitos que não se confundem com os do pleito petitorio – esbulho – prova indemonstrada – desacolhimento do pedido – subjacente relação concubinária entre as partes..... | 201. |
| Restituição de custas processuais – condenação sem incluir a atualização monetária de seu valor – valor ínfimo – aplicação do princípio <i>minimis non curat praetor</i> | 230. |
| Servidor público – aposentadoria – descontos de contribuição previdenciária – requisitos para concessão da aposentação implementadas – inadmissibilidade – aplicação da Emenda Constitucional nº 20/1998 – omissão indevida do ente público caracterizada..... | 19. |
| Servidora pública – constitucional e previdenciário – inclusão do marido como dependente junto à previdência social – legitimidade passiva do Estado e da autarquia previdenciária – direito decorrente do postulado isonômico..... | 121/122. |
| Usucapião extraordinário – atos de mera permissão ou tolerância – posse <i>ad usucapionem</i> e <i>accessio possessionis</i> não comprovadas – inteligência dos Arts. 497 c/c 495 do C.Civil de 1916, reproduzidos no Novo Código Civil (Arts. 1208 e 1206)..... | 13. |

AGRAVO DE INSTRUMENTO

| | |
|--|----------|
| Execução – penhora – produção da empresa – busca infrutífera de outros bens ou direitos – princípios do resultado e da menor onerosidade do devedor – satisfação plena do exequente..... | 244. |
| Recuperação judicial – questionamento acerca da submissão de determinado crédito ao plano de recuperação – impugnação – descabimento – necessidade de formulação de objeção – participação da assembleia de credores – renúncia expressa – submissão à assembleia..... | 248/249. |
| Reintegração de posse – deferimento de mandado liminar – <i>initio litis</i> – petição que não se encontra devidamente instruída, sem demonstração de plano, ser a autora detentora da melhor posse – anulação da liminar..... | 239. |

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE

| | |
|--|----------|
| Decreto estadual – determinação de que fundação estadual (UVA) teria personalidade de direito privado, autorizando-a a cobrar receitas, taxas e emolumentos como forma de custeio aos seus cursos de extensão e graduação – inconstitucionalidade em face da Constituição estadual (C.F/88, Art. 125, §2º; c/ c C.E/89, Arts. 108, VII, “F”; 127 e 128) – controle judicial concentrado – Súmula Vinculante nº 12 – procedência..... | 261/262. |
|--|----------|

AÇÃO RESCISÓRIA

| | |
|---|--|
| Servidor público – equiparação salarial com base na Lei Municipal nº 6.469/89 – requeiro alicerçado no princípio da isonomia – alegação de violação literal de Lei (Art. 485, V, CPC) – inoocorrência – descabimento – mera afronta a princípio, de | |
|---|--|

maneira genérica, em detrimento de malferimento real e direto a preceito legal.....273/274.

HABEAS CORPUS CÍVEL

Prisão civil por dívida voluntária e inescusável de obrigação alimentícia – finalidade coercitiva – tempo de segregação – proporcionalidade – renovação em face do mesmo débito – impossibilidade.....287.

MANDADO DE SEGURANÇA

Processo administrativo disciplinar – trancamento – extinção da punibilidade do servidor sob a alegativa de prescrição intercorrente – decurso de mais de 5 anos entre a abertura de sindicância e a instauração do PAD – decadência configurada.....308.

Tributário – compensação de tributos – reciprocidade de obrigações fiscais – condições específicas determinadas no Decreto Estadual nº 24.569 – necessidade de comprovação – pressuposto do creditamento para fins de ulterior compensação de tributos – recolhimento integral e não de apenas algumas parcelas do imposto – ausência de prova pré-constituída da quitação das prestações restantes – extinção do processo sem solução de mérito.....295.

Tributário – recusa de expedição de certidão negativa de tributos à pessoa física – alegativa de ser a mesma sócia de empresa inscrita em cadastro fiscal de inadimplentes – inversão do ônus probante em face da presunção legal de veracidade dos atos de poder – necessidade intercorrente de dilação probatória – inadequação da via eleita.....299.

JURISPRUDÊNCIA CRIMINAL

APELAÇÃO CRIME

Assalto – negativa de autoria – álibi – inversão do *onus probandi* – cabe exclusivamente ao réu a prova de encontrar-se em local diverso.....328/329.

Crimes dolosos contra a vida – ausência de alegações finais – ampla defesa – garantia fundamental dos litigantes em processo judicial e administrativo – nulidade absoluta – ocorrência.....319.

Dolo eventual – motorista sob os efeitos do álcool, sem habilitação que provoca acidente grave – deslizamento para crime de trânsito – impossibilidade – intempestividade das razões de recurso – inoocorrência.....333

Estelionato continuado – impostura de identidade – condenação em discrepância com a denúncia – Art. 383 do CPP – poder atribuído ao magistrado de entender o fato de forma diversa daquela denunciada – nulidade – inoocorrência.....340.

Estupro – vítima menor de 14 anos – violência presumida – palavra da vítima – valor probante – descompasso com o conjunto probatório – aplicação do princípio *in dubio pro reo* – absolvição.....322/323.

Estupro e atentado violento ao pudor – vítimas menores de 14 anos – absolvição

em relação aos crimes de atentado ao pudor – inviabilidade – palavra das vítimas – harmonia com as demais provas – validade – concurso material – impossibilidade – reconhecimento da continuidade delitiva – adequação à Lei nº 12.015/2009.....344.

Furto qualificado – prisão em flagrante – apelante que ostenta ficha criminal por delitos seriados contra o patrimônio – alegação de inocência ou, alternativamente, desclassificação dos crimes para a forma tentada - contra-senso defensivo – noções antitéticas.....317.

Homicídio emocional - assassinato de antigo inimigo – tribunal do júri – reconhecimento de minorante – impossibilidade – fato criminoso produto de cólera recalcada, transformada em ódio – vingança intempestiva - veredicto anulado – novo julgamento.....338.

Roubo – arguição de inocência, ou alternativamente, desclassificação para roubo tentado – consumação do crime – grave ameaça ou violência – posse da *res* subtraída331.

HABEAS CORPUS

Estelionato – trancamento da ação – impossibilidade – raso e escasso contexto probatório emergente – definição de ocorrência ou não de dolo – competência do juiz singular de buscar a verdade colhendo provas e contraprovas na instrução criminal – aferição da atipicidade da conduta demanda o reexame do conjunto fático-probatório.....357/358.

Extorsão mediante sequestro – formação de quadrilha prisão preventiva – decisão carente de fundamentação e ausência de justa causa para manutenção do paciente segregado – inoportunidade – excesso de prazo – complexidade do feito – pluralidade de réus – constrangimento não verificado.....369/370.

Liberdade provisória – cópia da decisão que indeferiu o pedido – inexistência – impossibilidade de aferição pelo órgão julgador – conexão entre um crime previsto na lei antidrogas e outro de espécie diferente – prevalecimento do procedimento adotado para infração mais grave.....378.

Roubo – representação pela prisão preventiva rejeitada – reavaliação depois de mais de dois anos – prisão preventiva decretada quando o paciente já encontrava-se preso por outros crimes – prisão serôdia e desnecessária.....367.

Tráfico de drogas – prisão em flagrante – liberdade provisória indeferida – vedação do Art. 44, da Lei nº 11.343/2006 – exame no caso concreto – crime que põe em risco a saúde pública.....361/363.

RECURSO CRIME EM SENTIDO ESTRITO

Homicídio qualificado – pretendida desclassificação do ato punível para lesão corporal seguida de morte – impossibilidade – nitidez do *animus necandi* na hipótese – violência do golpe desferido na vítima383.

Pronúncia – fortes indícios de participação no evento criminoso – viabilidade da acusação – absolvição sumária na forma do Art. 415, do CPP – impossibilidade - malferimento da competência constitucional do tribunal do júri386/387.



Esta obra foi composta em
Times New Roman e impresso em papel 24 kg.
Impressão e acabamento no Parque Gráfico do
Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, em
Fortaleza/CE, Junho de 2010.