

TRIBUNAL DE JUSTIÇA
DO ESTADO DO CEARÁ

Revista de Jurisprudência do Tribunal de Justiça do Ceará

Volume 39 - 2011
Julho / Setembro

ISSN 2175-0874

R. Jurisp. Trib. Justiça Est. Ceará, Fortaleza, v.39, p. 1 - 388, 2011

Revista de Jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará
Volume 39.2011
Publicação Oficial do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, a cargo da Comissão de Jurisprudência e Biblioteca.
Os acórdãos selecionados para publicação correspondem, na íntegra, às cópias obtidas nos Gabinetes dos Desembargadores deste Egrégio Tribunal.

Comissão de Jurisprudência e Biblioteca
Des. Francisco de Assis Filgueira Mendes - Presidente
Desa. Vera Lúcia Correia Lima
Des. Manoel Cefas Fonteles Tomaz
Secretário Francisco Hudson Pereira Rodrigues
Disponível também em CD-ROM e no site
http://www4.tjce.jus.br/sproc2/paginas/Revista.htm

Suplentes
Des. Francisco Auricélio Pontes
Des. Clécio Aguiar de Magalhães
Des. Jucid Peixoto do Amaral
Tiragem da Edição: 500 exemplares

Expediente Coordenação:
Des. Francisco de Assis Filgueira Mendes

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

Revisão
Comissão de Jurisprudência e Biblioteca

Diagramação, Impressão e Arte Gráfica
Departamento Editorial e Gráfico do TJCE

Revista de Jurisprudência do Tribunal de Justiça do Ceará. v.1 - Fortaleza: Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, 1989 -
Trimestral
ISSN 2175-0874

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

CDU 340.342 (05)

Tribunal de Justiça do Estado do Ceará
Centro Administrativo Governador Virgílio Távora
Av. General Afonso Albuquerque de Lima S/N - Cambeba - Fortaleza - CE
CEP: 60.822-915 Fone: (85) 3207.7104
www.tjce.jus.br
e-mail: jurispru@tjce.jus.br

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO CEARÁ

Presidente
Des. José Arísio Lopes da Costa

Vice-Presidente
Des. Luiz Gerardo de Pontes Brígido

Corregedor Geral da Justiça
Desa. Edite Bringel Olinda Alencar

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

Des. José Arísio Lopes da Costa - Presidente
Des. Ernani Barreira Porto
Des. Francisco Haroldo Rodrigues de Albuquerque
Des. Fernando Luiz Ximenes Rocha
Des. Rômulo Moreira de Deus
Des. Luiz Gerardo de Pontes Brígido
Des. João Byron de Figueirêdo Frota
Des. Ademar Mendes Bezerra
Desa. Edite Bringel Olinda Alencar
Desa. Maria Iracema Martins do Vale
Des. José Mário Dos Martins Coelho
Des. Antônio Abelardo Benevides Moraes
Des. Francisco de Assis Filgueira Mendes
Des. Lincoln Tavares Dantas
Des. Francisco Lincoln Araújo e Silva
Des. Francisco Sales Neto
Desa. Maria Naílde Pinheiro Nogueira
Des. Haroldo Correia de Oliveira Máximo
Des. Francisco Pedrosa Teixeira
Desa. Vera Lúcia Correia Lima
Des. Francisco Auricélio Pontes
Des. Francisco Suenon Bastos Mota
Des. Clécio Aguiar de Magalhães
Des. Francisco Barbosa Filho
Des. Paulo Camelo Timbó
Des. Emanuel Leite Albuquerque
Desa. Sérgia Maria Mendonça Miranda
Des. Jucid Peixoto do Amaral
Des. Manoel Cefas Fonteles Tomaz
Des. Paulo Francisco Banhos Ponte
Desa. Francisca Adelineide Viana
Des. Durval Aires Filho
Des. Francisco Gladyson Pontes
Des. Francisco José Martins Câmara
Des. Valdsen da Silva Alves Pereira
Des. Francisco Darival Beserra Primo
Des. Francisco Bezerra Cavalcante
Des. Inácio de Alencar Cortez Neto
Des. Washington Luis Bezerra de Araújo
Des. Carlos Alberto Mendes Forte
Des. Teodoro Silva Santos
Desa. Maria Iraneide Moura Silva

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

Des. Ernani Barreira Porto - Presidente
Des. Fernando Luiz Ximenes Rocha
Des. Rômulo Moreira de Deus
Des. Ademar Mendes Bezerra
Desa. Maria Iracema Martins do Vale
Des. José Mário Dos Martins Coelho
Des. Antônio Abelardo Benevides Moraes
Des. Francisco de Assis Filgueira Mendes
Des. Lincoln Tavares Dantas
Des. Francisco Lincoln Araújo e Silva
Des. Francisco Sales Neto
Desa. Maria Naílde Pinheiro Nogueira
Desa. Vera Lúcia Correia Lima
Des. Francisco Auricélio Pontes
Des. Francisco Suenon Bastos Mota
Des. Clécio Aguiar de Magalhães
Des. Francisco Barbosa Filho
Des. Emanuel Leite Albuquerque
Desa. Sérgia Maria Mendonça Miranda
Des. Jucid Peixoto Amaral
Des. Manoel Cefas Fonteles Tomaz
Des. Paulo Francisco Banhos Ponte
Des. Durval Aires Filho
Des. Francisco Gladyson Pontes
Des. Francisco José Martins Câmara
Des. Valdsen da Silva Alves Pereira
Des. Francisco Bezerra Cavalcante
Des. Washington Luis Bezerra de Araújo
Des. Carlos Alberto Mendes Forte
Des. Teodoro Silva Santos
Desa. Maria Iraneide Moura Silva

1ª CÂMARA CÍVEL
(Reuniões às segundas-feiras com início ás 13:30 horas)

Des. Fernando Luiz Ximenes Rocha - Presidente
Des. Francisco Sales Neto
Des. Emanuel Leite Albuquerque
Des. Paulo Francisco Banhos Ponte

2ª CÂMARA CÍVEL
(Reuniões às quartas-feiras com início ás 13:30 horas)

Des. Ademar Mendes Bezerra - Presidente
Des. Francisco de Assis Filgueira Mendes
Desa. Maria Nailde Pinheiro Nogueira
Des. Francisco Auricélio Pontes

3ª CÂMARA CÍVEL
(Reuniões às segundas-feiras com início ás 13:30 horas)

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

4ª CÂMARA CÍVEL
(Reuniões às quartas-feiras com início ás 13:30 horas)

Desa. Maria Iracema Martins do Vale - Presidente
Des. Lincoln Tavares Dantas
Desa. Vera Lúcia Correia Lima
Des. Teodoro Silva Santos

5ª CÂMARA CÍVEL
(Reuniões às quartas-feiras com início ás 08:30 horas)

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

6ª CÂMARA CÍVEL
(Reuniões às quartas-feiras com início ás 08:30 horas)

Des. José Mário Dos Martins Coelho - Presidente
Desa. Sérgia Maria Mendonça Miranda
Des. Jucid Peixoto do Amaral
Des. Manoel Cefas Fonteles Tomaz

7ª CÂMARA CÍVEL
(Reuniões às terças-feiras com início ás 08:30 horas)

Des. Ernani Barreira Porto - Presidente
Des. Durval Aires Filho
Des. Francisco José Martins Câmara
Des. Francisco Bezerra Cavalcante

8ª CÂMARA CÍVEL
(Reuniões às terças-feiras com início ás 08:30 horas)

Des. Francisco Lincoln Araújo e Silva - Presidente
Des. Valdsen da Silva Alves Pereira
Desa. Maria Iraneide Moura Silva

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

Des. Francisco Haroldo R. de Albuquerque - Presidente
Des. João Byron de Figueirêdo Frota
Des. Haroldo Correia de Oliveira Máximo
Des. Francisco Pedrosa Teixeira
Des. Paulo Camelo Timbó
Desa. Francisca Adelineide Viana
Des. Francisco Darival Beserra Primo
Des. Inácio de Alencar Cortez Neto

1ª CÂMARA CRIMINAL
(Reuniões às terças-feiras com início ás 13:30 horas)

Des. Francisco Haroldo R. de Albuquerque - Presidente
Des. Francisco Pedrosa Teixeira
Des. Francisco Darival Beserra Primo
Des. Inácio de Alencar Cortez Neto

2ª CÂMARA CRIMINAL
(Reuniões às segundas-feiras com início ás 13:30 horas)

Des. João Byron de Figueirêdo Frota - Presidente
Des. Haroldo Correia de Oliveira Máximo
Des. Paulo Camelo Timbó
Desa. Francisca Adelineide Viana

Sumário

Jurisprudência Cível

Apelação Cível.....13/165
Agravo de Instrumento.....169/237
Mandado de Segurança.....241/271
Sentença de 1º Grau.....275/283

Jurisprudência Criminal

Apelação Crime.....289/325
Habeas Corpus.....329/361
Recurso Crime em Sentido Estrito.....365/379

Índice Alfabético.....381/388

Jurisprudência Cível

APELAÇÃO CÍVEL

APELAÇÃO CÍVEL Nº 2000.0011.3075-8/0, ORIUNDA DA 20ª VARA CÍVEL DA COMARCA DE FORTALEZA.
1º APELANTE: PETER SOARES KAUR.
2º APELANTE: MÁRIO MAMEDE FILHO.
APELADOS: OS MESMOS APELANTES.
RELATORA: DESA. MARIA IRACEMA DO VALE HOLANDA.

EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL. RESPONSABILIDADE CIVIL. PEDIDOS INDENIZATÓRIOS RECÍPROCOS. AGRESSÕES VERBAIS MÚTUAS. IMUNIDADE PARLAMENTAR MATERIAL. DIREITO DE RETORSÃO. INEXISTÊNCIA DE DANO MORAL A SER REPARADO. SENTENÇA CONFIRMADA.

1. No caso, pedidos de indenização recíprocos, formulados em ação e reconvenção, por agressões verbais mútuas feitas entre os litigantes em meios de comunicação.

2. Quanto ao segundo apelante, constatou-se que o comportamento do então Deputado Estadual subsumiu-se, inteiramente, ao âmbito de incidência da proteção constitucional fundada na garantia da imunidade parlamentar material, de modo a excluir, na espécie, a responsabilidade civil do parlamentar em questão (Art. 53 c/c 27, § 1º da CF/88).

3. No que concerne ao pleito indenizatório reconvencional, observa-se que o primeiro apelante, ao retrucar as agressões que recebeu, de forma imediata e na mesma proporção, nada mais fez do que exercer o seu regular direito na defesa de seus legítimos interesses. Encontra-se assim amparado pela excludente de responsabilidade civil prevista no Art. 160, I, do CC de 1916. De modo que os excessos verbais, situando-se na área da retorsão, não podem ser consideradas ofensas, a ensejar reparação a título de dano moral.

- Apelações conhecidas e desprovidas.
- Sentença confirmada.
- Unânime.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de Apelação Cível nº

2000.0011.3075-8/0, 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 dos recursos, para negar provimento a ambos, confirmando a sentença recorrida por seus próprios e jurídicos fundamentos, nos termos do voto da Relatora.

Fortaleza, 25 de novembro de 2009.

RELATÓRIO

Tratam os presentes autos de duas apelações cíveis visando reformar sentença que julgou improcedentes os pedidos da inicial e da reconvenção.

O caso/a ação originária: Peter Soares Kaur ingressou com ação de indenização por danos morais em razão de manifestações públicas por parte do então Deputado Estadual Mário Mamede Filho no Plenário da Assembleia Legislativa e em meio de comunicação, que teriam abalado sua imagem perante a sociedade. O parlamentar apresentou contestação, às fls. 78/86, aduzindo, em síntese, que as atitudes apontadas como ilícitas pelo demandante se encontrariam acobertadas pela imunidade parlamentar material, uma vez que possuem relação direta com o exercício de sua função. O promovido também apresentou reconvenção (fls. 102/106), requerendo igualmente indenização por danos morais diante de agressões realizadas pelo demandante em programa de rádio. Em contestação à reconvenção (fls. 133/137), Peter Soares Kaur afirmou que as palavras por ele proferidas na entrevista não tinham por objetivo atentar contra a imagem do Deputado.

A sentença: o Juízo de 1º grau julgou improcedente tanto o pleito autoral quanto o reconvencional (fls. 147/154). Transcrevo a decisão, no que interessa:

> "Em face do exposto, frente nossa argumentação, JULGO IMPROCEDENTE a presente Ação Originária de Perdas e Danos que PETER SOARES KAUR promoveu contra MÁRIO MAMEDE FILHO, condenando-o ao pagamento de custas processuais e honorários, na base de 15% sobre o valor da causa. Na mesma oportunidade, JULGO IMPROCEDENTE a Ação Reconvencional, condenando o reconvinte nas custas havidas na reconvenção, assim, como deve se responsabilizar pelos honorários de seu representante profissional".

Apelação: Inconformada com a sentença, recorreu a parte demandante/reconvinda, às fls. 156/160, repisando os argumentos levantados na inicial, requerendo a reforma parcial da decisão no sentido de condenar o promovido no pagamento dos danos morais.

Apelação adesiva: igualmente irresignado com a decisão, recorreu adesivamente o demandado, às fls. 164/166, reiterando os fatos levantados na reconvenção, requerendo, por consequência, a condenação do autor pelos danos morais sofridos.

Não foram apresentadas contrarrazões à apelação intentada pelo demandante, conforme certidão de fl. 163v.

Contrarrazões ao recurso adesivo às fls. 177/179, na qual foi requerida a improcedência da apelação adesiva, com a manutenção da parte da decisão por ela impugnada.

É o relatório.

Revisão feita pelo Excelentíssimo Senhor Desembargador Lincoln Tavares Dantas.

VOTO

A controvérsia a ser dirimida no presente recurso diz respeito a pedidos de indenização recíprocos, formulados em ação e reconvenção, por agressões verbais mútuas feitas entre os litigantes em meios de comunicação.

1. Da responsabilidade do Deputado Estadual Mário Mamede.

No que concerne ao segundo recurso, trata-se do pleito indenizatório movido por Peter Soares contra Mário Mamede, por este último haver lhe acusado do cometimento de irregularidades no pleito eleitoral de 1992 e de prática de tráfico de crianças para o exterior.

O Deputado Estadual arguiu em sua defesa que as acusações foram proferidas em depoimento prestado perante a Corregedoria Geral Eleitoral, e que se tornou público devido ao seu texto ter "vazado" para a imprensa, sem qualquer responsabilidade sua.

A Constituição Federal de 1988 prevê em seu Art. 53 que os representantes do Poder Legislativo Federal não podem ser responsabilizados por suas manifestações e, no Art. 27, § 1º, estende esta imunidade aos Deputados Estaduais. Tal prerrogativa visa permitir que o parlamentar desempenhe as funções inerentes ao ofício legislativo, entre as quais está a de fiscalizar, garantindo-lhe amplo exercício da liberdade de expressão.

É o que se depreende da literalidade dos referidos dispositivos constitucionais:

> "Art. 53. Os Deputados e Senadores são invioláveis, civil e penalmente, por quaisquer de suas opiniões, palavras e votos."

> * * *
> "Art. 27. (...)
> § 1º - Será de quatro anos o mandato dos Deputados Estaduais, aplicando-sê-lhes as regras desta Constituição sobre sistema eleitoral, inviolabilidade, imunidades, remuneração, perda de mandato, licença, impedimentos e incorporação às Forças Armadas."

Importa destacar que o fato de as declarações terem sido proferidas antes da EC 35/2001, que esclareceu que a imunidade material alcança a responsabilidade civil, em nada compromete sua incidência ao caso. Bem antes desta alteração do texto constitucional a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal já havia firmado entendimento neste sentido.

Por fim, é necessário ressaltar que referida inviolabilidade parlamentar pode ser invocada independentemente do âmbito espacial em que ocorreram as manifestações, mesmo que fora do recinto da respectiva Casa Legislativa, desde que guardem conexão com o desempenho do mandato (prática *in officio*) ou tenham sido proferidas em razão dele (prática *propter officium*), ainda que no contexto de uma entrevista jornalística. Isso porque tal imunidade não sofre condicionamentos normativos que a subordinem a critérios de espacialidade.

Em recentíssima decisão, o Min. Celso de Mello, decano do STF, sintetiza bem a pacífica jurisprudência da Excelsa Corte sobre o tema, como se depreende da ementa do julgado:

> "IMUNIDADE PARLAMENTAR EM SENTIDO MATERIAL (INVIOLABILIDADE). DECLARAÇÕES DIVULGADAS PELO BOLETIM DIÁRIO DA SESSÃO PLENÁRIA DA CÂMARA LEGISLATIVA E ENTREVISTAS JORNALÍSTICAS PUBLICADAS PELA IMPRENSA LOCAL. IMPOSSIBILIDADE DE RESPONSABILIZAÇÃO CIVIL DE MEMBRO DO PODER LEGISLATIVO. PRESSUPOSTOS DE INCIDÊNCIA DA GARANTIA CONSTITUCIONAL DA IMUNIDADE PARLAMENTAR. PRÁTICA "IN OFFICIO" E PRÁTICA "PROPTER OFFICIUM". RECURSO IMPROVIDO. - A garantia constitucional da imunidade parlamentar em sentido material (CF, art. 53, "caput") exclui a possibilidade jurídica de responsabilização civil do membro do Poder Legislativo, por danos eventualmente resultantes de suas manifestações, orais ou escritas, desde que motivadas pelo desempenho do mandato (prática "in officio") ou externadas em razão deste (prática "propter officium"), qualquer que seja o âmbito espacial ("locus") em que se haja exercido a liberdade de opinião,

> ainda que fora do recinto da própria Casa legislativa, independentemente dos meios de divulgação utilizados, nestes incluídas as entrevistas jornalísticas. Doutrina. Precedentes. - A EC 35/2001, ao dar nova fórmula redacional ao art. 53, "caput", da Constituição da República, explicitou diretriz, que, firmada anteriormente pelo Supremo Tribunal Federal (RTJ 177/1375-1376, Rel. Min. SEPÚLVEDA PERTENCE), já reconhecia, em favor do membro do Poder Legislativo, a exclusão de sua responsabilidade civil, como decorrência da garantia fundada na imunidade parlamentar material, desde que satisfeitos determinados pressupostos legitimadores da incidência dessa excepcional prerrogativa jurídica. - Essa prerrogativa político-jurídica - que protege o parlamentar em tema de responsabilidade civil - supõe, para que possa ser invocada, que exista o necessário nexo de implicação recíproca entre as declarações moralmente ofensivas, de um lado, e a prática inerente ao ofício legislativo, de outro. Doutrina. Precedentes. - Se o membro do Poder Legislativo, não obstante amparado pela imunidade parlamentar material, incidir em abuso dessa prerrogativa constitucional, expor-se-á à jurisdição censória da própria Casa legislativa a que pertence (CF, art. 55, § 1º). Precedentes: Inq 1.958/AC, Rel. p/ o acórdão Min. CARLOS BRITTO (RTJ 194/56, Pleno) - RE 140.867/MS, Rel. p/ o acórdão Min. MAURÍCIO CORRÊA (Pleno)". (STF; AI 401.600-0/DF; Min. Celso de Mello; julgado em 08 de outubro de 2009)

A análise dos elementos constantes destes autos permite reconhecer que o comportamento do então Deputado Estadual subsume-se, inteiramente, ao âmbito de incidência da proteção constitucional fundada na garantia da imunidade parlamentar material, de modo a excluir, na espécie, a responsabilidade civil do parlamentar em questão.

2. Da responsabilidade do magistrado Peter Soares.

No que concerne ao pleito indenizatório reconvencional, que tem por fundamento agressões feitas por Peter Soares Kaur por ocasião de entrevista dada à Rádio Assunção em 30 de Abril de 1993, igualmente não se constata o dever de indenizar.

Embora na referida entrevista tenham sido proferidos termos injuriosos, que considerados isoladamente dariam ensejo à indenização por danos morais, quando analisados na conjuntura total dos acontecimentos, observa-se que os mesmos não extrapolaram os limites do direito de retorsão do agressor. Direito este que encontra previsão expressa no Direito Penal (Art. 140, §1º, II do CP), e amplamente aceita no âmbito da responsabilidade civil tanto pela doutrina como pela jurisprudência.

Ao retrucar as agressões que recebeu de forma imediata e à altura das mesmas, o autor/reconvindo nada mais fez do que exercer o seu regular direito, na defesa de seus legítimos interesses, estando assim amparado pela excludente de responsabilidade civil prevista no Art. 160, I do CC/1916. De modo que os excessos verbais, situando-se na área da retorsão, não podem ser consideradas ofensas, a ensejar reparação a título de dano moral.

Como sabido, embora as acusações feitas pelo então deputado estadual Mário Mamede não possam fundamentar sua responsabilização civil diante da imunidade parlamentar material que o protege, devem ser consideradas na apreciação das agressões que sofreu em resposta (art. 945 CC/02). Ademais, é inconteste que não se deve conceber a ideia de que os membros do Legislativo tenham a ampla liberdade de agredir a boa fama e a imagem das pessoas, respaldados na imunidade material, sem que os ofendidos possam recorrer a qualquer meio para reparar os danos sofridos.

Nestes termos vem se manifestando de maneira firme a jurisprudência nacional, como se constata dos excertos jurisprudenciais colhidos dos mais respeitados tribunais do país:

> "DANOS MORAIS. COMUNICAÇÃO DE CRIME. EXERCÍCIO REGULAR DE UM DIREITO. PROVOCAÇÕES RECÍPROCAS.
> 1 - A comunicação à autoridade policial de crime com a conseqüente instauração de ação penal, exercício regular de direito, não caracteriza ato ilícito, a ensejar reparação por dano moral. 2 - Provocações recíprocas em meio à discussão, em conflito familiar, situando-se na área da retorsão imediata, não caracterizam danos morais. 3 - Apelação do segundo réu provida. Não provida a da autora." (TJDFT; APC 20040110998946APC, Relator JAIR SOARES, 6ª Turma Cível, julgado em 07/06/2006, DJ 10/08/2006 p. 140)
>
> * * *
>
> "DANOS MORAIS. DISCUSSÃO EM REUNIÃO DE TRABALHO. OFENSAS RECÍPROCAS. ABALO MORAL NÃO EVIDENCIADO. Demonstrado na instrução que a discussão ocorreu durante reunião de trabalho, tendo havido reciprocidade nas ofensas proferidas. Não evidenciado tenha o autor restado atingido em sua honra, inclusive em função da retorsão imediata. Finalmente, quer pelos depoimentos, quer pela publicação interna da empresa, simplesmente trazendo o tópico "Reunião quente", possível concluir que não foi dada nenhuma relevância ao incidente. SENTENÇA MANTIDA. RECURSO IMPROVIDO." (TJRS; APC 71001751247, Primeira Turma Recursal Cível, Turmas Recursais,

Relator: Vivian Cristina Angonese Spengler, Julgado em 19/02/2009)

* * *

"INDENIZAÇÃO - DANO MORAL - ALEGAÇÃO SEM COMPROVAÇÃO DE SUA OCORRÊNCIA - ENTREVISTA DE TÉCNICO DE FUTEBOL - OFENSAS RECÍPROCAS - INJÚRIA - RETORSÃO. (…) . No presente caso não resta dúvida no sentido de que a entrevista do réu não se deu imediatamente após as insinuações maldosas feitas pelo autor, no entanto, apesar de não se tratar de retorsão imediata (prevista no artigo 140, § 1º, inciso II, do Código Penal, como causa de perdão judicial), o que se tem como certo é que as declarações prestadas pelo réu devem ser analisadas e entendidas levando em consideração o seu estado emocional e a situação de estresse por ele vivido naquele momento em que o time de futebol que estava sob sua responsabilidade como técnico passava por momentos difíceis. Em se tratando de ofensas recíprocas, deve-se admitir que as partes já se puniram o suficiente, não havendo razão para imposição ao réu do dever de proceder à reparação civil. (...). Recurso conhecido e improvido." (TJMG; APC 2.0000.00.310116-2/000; 4ª Câmara Civil do Tribunal de Alçada; Des. PAULO CÉZAR DIAS; julgado em 14/06/2000; Publicado em 28/06/2000).

* * *

"AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. Apelante ofendida pelo recorrido em interior de shopping center. Ausência de prova de início da discussão. Réu, ademais, que poderia ter reagido à ofensa inicialmente perpetrada pela autora. Possibilidade de retorsão imediata (artigo 188, inciso I, do Código Civil). Improcedência da demanda mantida. Apelo improvido." (TJSP; APC 6066044000; 3ª Câmara de Direito Privado; Des. Donegá Morandini; julgado em 11/08/2009; publicado em 18/08/2009)

Por tais motivos, não há ilicitude na conduta de Peter Soares a ensejar o dever de indenização, devendo a sentença *a quo* ser confirmada, também neste ponto.

DISPOSITIVO

Do exposto, conheço dos recursos, para negar provimento a ambos, confirmando a sentença recorrida em todos os seus termos, para o fim específico de declarar a inexistência de responsabilidade civil por parte de qualquer dos litigantes.

É como voto.

Fortaleza, 25 de novembro de 2009.

PROCESSO NO 2000.0014.9193-9/0
CLASSE: APELAÇÃO CÍVEL
APELANTES: EXPRESSO TIMBIRA LTDA.
SINDICATO DOS TRABALHADORES EM TRANSPORTES RODOVIÁRIOS NO ESTADO DO CEARÁ
APELADOS: OS MESMOS APELANTES
RELATOR: DESEMBARGADOR FRANCISCO SALES NETO
ÓRGÃO JULGADOR: 1ª CÂMARA CÍVEL
META 2 - CNJ

E M E N T A: APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO ORDINÁRIA. PARALISAÇÃO OCORRIDA EM EMPRESA DE ÔNIBUS MEDIANTE ATUAÇÃO DO SINDICATO DA CATEGORIA. PREJUÍZOS DEVIDAMENTE COMPROVADOS NA INSTRUÇÃO. CONDENAÇÃO DO SINDICATO À REPARAÇÃO DOS DANOS. RECURSO DA AUTORA QUE ALEGA OMISSÃO NA SENTENÇA. DESPROVIMENTO. DECISÃO QUE ANALISA TODOS OS PEDIDOS ELABORADOS PELA DEMANDANTE. RECURSOS DE AMBAS AS PARTES CONHECIDOS E IMPROVIDOS.

1. A obrigação de indenizar advém do dano ou do prejuízo sofrido pela vítima, da culpa do agente ou do preposto, e do nexo causal entre esses elementos, sendo indispensável que a concomitância de todos esses pressupostos esteja plenamente evidenciada nos autos.
2. Existindo nos autos documentos e testemunhos suficientes a ensejar uma condenação, escorreita se mostra a decisão monocrática que condenou o Sindicato réu ao pagamento dos prejuízos experimentados pela empresa requerente, decorrentes de paralisação ocorrida em suas atividades.
3. Não merece prosperar a recurso interposto pela parte autora no sentido de que a sentença teria sido omissa, tendo em vista que todos os pontos suscitados pela requerente foram devidamente analisados pelo julgador singular.
4. Recursos conhecidos e improvidos. Sentença Mantida.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos.

Acordam os Desembargadores integrantes da Primeira Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, à unanimidade, em conhecer dos recursos de apelação interpostos, negando-lhes provimento, para confirmar a sentença monocrática, nos termos do voto do Relator, parte integrante deste Acórdão.

Fortaleza, 10 de maio de 2010.

RELATÓRIO

Cuidam os autos de Apelações Cíveis interpostas por EXPRESSO TIMBIRA LTDA. e pelo SINDICATO DOS TRABALHADORES EM TRANSPORTES RODOVIÁRIOS NO ESTADO DO CEARÁ, contra sentença da lavra do MM. Juiz de Direito da 25ª Vara Cível da Comarca de Fortaleza, que julgou procedente em parte a Ação Ordinária movida pelo primeiro apelante, utilizando-se dos seguintes fundamentos, "in litteris":

> "Assim, estando comprovados os fatos que ensejaram o feito 'sub-examen' cumpre reconhecer e declarar o direito da autora em ser indenizada na presente propositura a teor do art. 159 do Código Civil Brasileiro. É que houve, aqui, a participação voluntária do Sindicato Promovido, que foi o agente gerador da ação proposta; liderou, o movimento que impediu a saída e circulação dos coletivos da promovente na manhã do dia 08 de novembro de 1995, configurando-se o elemento substantivo do dolo e culpa; o resultado danoso e o nexo da causalidade entre a conduta culposa e o resultado danoso. Presentes, portanto, no caso enfocado, todos os elementos exigidos pela legislação brasileira para a configuração da responsabilidade civil.
> Ante o exposto e pelo mais que dos autos consta, com base no dispositivo de lei invocado, combinado com o artigo 269, inciso I, do Código de Processo Civil, julgo, por sentença, para que produza os seus jurídicos e legais efeitos, procedente, em parte, o pedido constante da inicial, para condenar o Sindicato Promovido no pagamento, à autora, da quantia de R$ 2.936,00 (dois mil, novecentos e trinta e seis reais) devidamente corrigido a partir do ajuizamento da ação, à título de indenização pelos danos descritos no processo e considerado por este juízo.
> Condeno, ainda, o Sindicato dos Trabalhadores em Transportes Rodoviários no Estado do Ceará, no pagamento das custas processuais e nos honorários da autora, que fixo em 20% do valor da condenação." (fls. 161/165)

Desta decisão, ambas as partes recorreram.

A autora, EXPRESSO TIMBIRA LTDA., insatisfeita em parte, apelou às fls. 167/175, trazendo como razões bastantes à reforma da sentença:

a) Na sentença, o MM. Juiz não se manifestou acerca do pedido da autora/recorrente, no que concerne à pena de abstinência do promovido/apelado em promover greves sem realização anterior de Assembléia Geral, bem como da abstinência de realização de movimentos tais como "fura pneus" e "operação tartaruga";

b) Em deixando de apreciar tais pedidos, relativos à abstinência de realização dos citados movimentos, com consequente pena cominatória em caso de descumprimento, o MM. Juiz singular acabou por prejudicar a empresa recorrente;

Suplicou, ao fim, pelo provimento do apelo.

O réu, SINDICATO DOS TRABALHADORES EM TRANSPORTES

RODOVIÁRIOS NO ESTADO DO CEARÁ, em recurso que repousa às fls. 178/182, argumentou, preliminarmente, que deve ser reconhecida a sua ilegitimidade passiva para figurar no presente feito, tendo em vista que não restou comprovado que as pessoas citadas pelas testemunhas como causadoras dos transtornos em frente à garagem da autora eram membros da diretoria do apelante.

No mérito, asseverou que não há prova nos autos de que a recorrida sofreu qualquer dano nos pneus de seus ônibus, ou que teve prejuízo com a paralisação de seus coletivos. Findou pugnando pelo provimento do apelo, para que seja julgado improcedente o pedido inicial.

Contrarrazões da Expresso Timbira Ltda. às fls. 190/195. O Sindicato réu não apresentou contrarrazões, apesar de devidamente intimado.

Os autos ascenderam a esta Corte de Justiça, não sendo encaminhados à consideração da Douta Procuradoria Geral de Justiça, em face da matéria articulada não exigir sua manifestação.

É o relato.

Processo revisado pelo insigne Desembargador Raul Araújo Filho.

VOTO

Presentes os pressupostos de admissibilidade, conheço de ambos os recursos.

Visando uma melhor análise e organização do raciocínio, examino separadamente os recursos de apelação tidos nesta demanda.

Do recurso interposto pelo réu

A preliminar de ilegitimidade passiva será analisada conjuntamente com as demais insurgências trazidas no apelo, vez que se confunde com o mérito da demanda.

A meu ver, após efetuar uma percuciente análise dos autos, verifico que a matéria em comento não merece maiores indagações, porque bem decidida pelo julgador monocrático.

De início, importa consignar que os movimentos grevistas, em muitas ocasiões, utilizam-se de meios que impeçam ou dificultem a entrada de pessoas nos estabelecimentos em que trabalham, com intuito de pressionar o empregador.

Na presente hipótese, restou devidamente comprovado nos autos, seja através dos documentos acostados ou através da prova testemunhal colhida, que, de fato, houve efetiva participação do Sindicato réu, ora apelante, na paralisação ocorrida nas atividades da empresa autora, EXPRESSO TIMBIRA LTDA., no dia 08.11.95, das 04:00 às 08:30 horas, paralisação esta ocorrida sem observância ao disposto na Lei Nº 7.783/89, mais conhecida como Lei de Greve, que em seu art. 6º, § 3º determina, "in verbis":

> "As manifestações e atos de persuasão utilizados pelos grevistas não poderão impedir o acesso ao trabalho nem causar ameaça ou dano à propriedade ou pessoa."

Não bastasse o permissivo legal acima exposto o § 1º do mesmo dispositivo também limita o direito de greve quando determina:

> "Em nenhuma hipótese, os meios adotados por empregados e empregadores poderão violar ou constranger os direitos e garantias fundamentais de outrem."

Com efeito, as testemunhas ouvidas à fls. 48 confirmam as alegações feitas pela autora de que, em novembro de 1995, houve atuação do Sindicato apelante, por meio das pessoas de nome Davi, Francisco Correia e Xavier, visando impedir o funcionamento normal da empresa autora, interditando o portão de entrada e saída dos veículos. O documento acostado à fl. 27, consistente na Ata de Reunião ocorrida no SINTRO no dia 8 de novembro de 1995, também confirma a ocorrência de "uma suspensão parcial de 04:00 às 08:30 hrs, de todas as linhas por iniciativa dos trabalhadores e com iniciativa do Sindicato Obreiro".

Restou, portanto, demonstrada a responsabilidade do recorrente na mencionada paralisação, eis que este organizou e impediu, inclusive, que os funcionários que desejavam trabalhar o fizessem. Tal atitude ocasionou à autora prejuízo no montante de R$ 2.296,00 (dois mil, duzentos e noventa e seis reais), de acordo com cálculo elaborado pela ETTUSA (fl. 32), o qual discrimina os valores dos serviços não realizados pela Empresa Expresso Timbira na data em que os fatos ocorreram, bem como por laudo pericial acostado às fls. 89/99, realizado pelo Instituto de Criminalística, o qual concluiu que os danos constatados nos pneumáticos dos veículos da autora foram produzidos "por meio de instrumento perfurante, mediante ação humana direta e intencional" .

Desta feita, havendo nos autos prova suficiente a indicar a efetiva participação de membros do Sindicato apelante na paralisação ocorrida na madrugada de 8 de novembro, não há que se falar em ilegitimidade passiva do SINTRO para figurar no presente feito, se este foi o causador dos prejuízos suportados pela autora.

Nesse sentido:

> "APELAÇÃO CÍVEL. RESPONSABILIDADE CIVIL. DANOS MATERIAIS SOFRIDOS PELO EXERCÍCIO DO DIREITO DE GREVE. LEGITIMIDADE PASSIVA *AD CAUSAM*. CORRELAÇÃO DIRETA COM A DEMANDA. JUNTADA EXTEMPORÂNEA DE DOCUMENTOS. RESPEITO AOS PRINCÍPIOS DA LEALDADE PROCESSUAL, DO CONTRADITÓRIO E DA AMPLA DEFESA. EXCESSOS NO EXERCÍCIO DO DIREITO DE GREVE. CONFIGURAÇÃO DO DEVER DE INDENIZAR REMUNERAÇÃO DE EMPREGADOS DE FÉRIAS. NÃO SE DESINCUMBIU DO ÔNUS PRESCRITO NO CPC ART. 333 INC. II. DANOS MATERIAIS SOFRIDOS PELO EXERCÍCIO DO DIREITO DE GREVE. LUCROS CESSANTES. DEVIDOS. NECESSIDADE DE LIQUIDAÇÃO. ÔNUS DE SUCUMBÊNCIA. DECAÍDA DE PARTE MÍNIMA DO PEDIDO. INTELIGÊNCIA DO CPC ART. 21, § ÚNICO RECURSOS. APELAÇÃO 1. NEGA PROVIMENTO.

> APELAÇÃO 2. PARCIAL PROVIMENTO. 1. - O descumprimento do contrato de prestação de serviços por terceiras empresas não retira a conexão jurídica imediata entre o sindicato e a demanda, visto que está em questão a possibilidade de a paralisação ter inviabilizado a execução dos serviços pactuados pelos funcionários da empresa. O sindicato, portanto, é parte legítima para figurar no pólo passivo do feito, dada a conexão imediata entre a causa de pedir e os atos do apelante; 2. - Os documentos trazidos pela apelada junto à impugnação à contestação são necessários ao deslinde da causa, mas não indispensáveis à propositura da demanda. Tampouco é possível reputar-lhes a ineficácia, pois foram respeitados os princípios da lealdade processual, do contraditório e da ampla defesa - Os quais compõem a *ratio legis* do CPC 397 vez que tais documentos não foram trazidos após a petição inicial com intenção de surpreender ou cercear a defesa, visto que o apelante teve plena oportunidade de se manifestar sobre eles e mesmo de produzir contraprova; 3. - A vedação do ingresso de trabalhadores que iriam prestar serviço a empresas, em razão de a entrada da mesma ter sido obstada pelo movimento grevista, consiste em ato ilícito - O qual, por ser diretamente ligado à impossibilidade de a apelada prestar trabalho, gera o dever de indenizar; 4. - Como um dos litigantes decaiu de parte mínima do pedido, aplicável o critério previsto no parágrafo único do art. 21 do CPC, legitimando-se, em consequência, que o apelado 2 suporte integralmente os ônus sucumbenciais do presente feito; 5. - O instituto da responsabilidade civil objetiva a reparação total do dano causado, o que compreende o pagamento dos lucros cessantes. No caso em tela, a apelante deixou de lucrar ao não conseguir desempenhar sua atividade por força da paralisação - Não podendo ser remunerada única e tão somente pelos salários pagos aos funcionários. Contudo, faz-se necessária liquidação desses valores, visto que os documentos trazidos pela apelante não são suficientes para sua aferição." (TJ-PR; ApCiv 0542777-6; Curitiba; Nona Câmara Cível; Relª Desª Rosana Amara Girardi Fachin; DJPR 30/04/2009; Pág. 599)

Vale ainda ressaltar que, a livre atividade sindical, garantida constitucionalmente, não exime os sindicatos de responderem por danos que tal atuação pode causar. Dessa maneira, escorreita a decisão monocrática quando condenou o SINTRO ao pagamento dos prejuízos experimentados pela empresa requerente.

Isto posto, supedaneado em tais fundamentos, é que merece ser improvido o presente apelo.

Do recurso interposto pela autora

Limitou-se a autora em seu apelo a afirmar que a sentença teria sido omissa, tendo em vista que o MM. Juiz não teria se manifestado sobre os demais pedidos contidos na inicial, referentes à condenação do Sindicato réu "a abster-se de promover qualquer movimento de paralisação total de greve sem que antes tenha sido realizada Assembléia Geral e sem a comunicação ao SETPEC, bem como na condenação de abster-se de promover movimentos tais como 'operação tartaruga' e ou 'operação fura pneus' e ou quebrando pára-brisas."

Não merece prosperar dita irresignação.

É que, todos estes pontos suscitados pela autora foram devidamente analisados pelo julgador singular, em despacho saneador que descansa às fls. 100/105, sendo oportuna a sua transcrição, "in litteris":

> "Na hipótese que ora se apresenta, verifica-se que o autor pretende que o juiz impeça o promovido de, no futuro, infringir a Lei, e, em caso de desobediência, que seja cominada pena de multa.
> Ora, a 'paralisação ilegal' e os danos patrimoniais referidos no pedido de tutela antecipada, nos itens 'a', 'b', 'c' e 'd', ainda não haviam ocorrido; por conseguinte, o direito do autor ainda não foi violado e, se não o foi, não surgiu para ele o direito de dirigir-se ao Estado para pleitear reparação. Nesta ordem de raciocínio, ter-se-ia, na pretensão do autor, um pedido juridicamente impossível; pois inexiste no Ordenamento pátrio possibilidade de prestação jurisdicional, 'a priori', para a possibilidade de violação do direito; eis que esse é o papel da própria norma jurídica.
> De fato, se a Lei civil prevê, para o caso de greve ilegal, que o autor fica obrigado a reparar os danos causados; conclui-se que somente se a hipótese nela prevista se tornar efetiva é que haverá ofensa à ordem jurídica e nascerá para o autor o direito de pedir ao Estado a reparação do direito violado. Em isto ocorrendo, será instaurado o processo, a autoria apurada, a extensão dos danos avaliada e concedida a prestação jurisdicional; haja vista que, se a lei prevê, para a hipótese de violação de seus dispositivos, a indenização; cominar pena para a mesma hipótese, independentemente da verificação da ocorrência do fato, da apuração dos danos efetivamente causados, da autoria e da ilegalidade do mesmo, implica em o juiz fazer norma diversa da prevista, inclusive com ofensa ao princípio do devido processo legal." (destaques originais)

Vê-se, portanto, que não pode prevalecer a tese sustentada pela autora/apelante de que a decisão de 1º Grau teria sido omissa nesse sentido, posto que, no caso, o juiz reconheceu a existência de norma jurídica apta a tutelar os demais pedidos formulados pela apelante, mostrando-se desnecessário provimento jurisdicional visando coibir eventual prática já vedada por lei.

Assim, apresenta-se, em mais este aspecto, acertada a decisão monocrática, também ensejando o desprovimento do presente recurso.

DISPOSITIVO

Face ao exposto, conheço dos apelos interpostos, mas lhes nego provimento, confirmando a sentença monocrática em todos os seus termos e fundamentos. Fica mantida a condenação em custas e honorários conforme imposta na sentença.

É como voto.

Fortaleza, 10 de maio de 2010.

PROCESSO Nº 2003.0014.6098-1/0
APELAÇÃO CÍVEL DE FORTALEZA
APELANTE:LÍVIA BRAGA VASCONCELOS, REPRESENTADA POR WILNA PEREIRA BRAGA
APELADO:ESPÓLIO DE FRANCISCO EISENHOWER VASCONCELOS, REPRES. POR MARIA GURGEL VASCONCELOS
RELATOR:DES. FRANCISCO LINCOLN ARAÚJO E SILVA

EMENTA: DIREITO CIVIL. SUCESSÃO HEREDITÁRIA. TRANSMISSÃO DE DOMÍNIO POR VIA DE ACORDO HOMOLOGADO. PRESENÇA DE HERDEIRO MENOR A IMPOSSIBILITAR PARTILHA AMIGÁVEL. TÍTULO NULO DE PLENO DIREITO QUE NÃO GERA NENHUM EFEITO JURÍDICO. EXECUÇÃO IMPROCEDENTE. EMBARGOS PROVIDOS. SENTENÇA CONFIRMADA INTEGRALMENTE.

1. Não tem nenhum valor jurídico o ato praticado em afronta à forma prescrita em lei.
2. Na hipótese de haver herdeiro sucessório incapaz, a partilha de bens será sempre judicial.
3. Acordo entre os interessados, ainda que homologado por autoridade judiciária, não pode transmitir o domínio de bens do *de cujus*.
4. Mesmo que a maioridade do incapaz seja alcançada posteriormente, a avença estabelecida é juridicamente imperfeita, nula, impossível de gerar efeitos jurídicos.
5. Procedência dos embargos que reconhecem a inviabilidade da execução.
6. Sentença mantida.
7. Recurso conhecido, mas improvido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de apelação cível nº 2003.0014.6098-1/0, em que são partes as que estão acima indicadas, acorda a Quarta Câmara Cível do egrégio Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, por votação unânime, conhecer do recurso, mas para negar-lhe provimento, consoante a ata de julgamento.

Fortaleza, 18 de julho de 2007

VOTO

Compreendo que estão presentes os pressupostos intrínsecos e extrínsecos de admissibilidade, razão pela qual conheço do recurso.

Não foi detectada nulidade a pronunciar. Nem há preliminares a considerar.

Com efeito, percebe-se que se trava discussão limitada à anulação de pacto formalizado e homologado judicialmente em sede de inventário, no qual restara definido que o espólio de Francisco Eisenhower Vasconcelos propiciaria a transferência de imóvel identificado à promovente da ação de execução de fazer, em face da falta de iniciativa da representante do demandado.

É que, em Testamento, o *de cujus*, entre outras disposições de última vontade, deixou para Wilna Pereira Braga uma porção de seu patrimônio, representada por dez por cento da parte disponível, além de três por cento para Lívia Braga Vasconcelos, esta em acréscimo à legítima, sendo herdeira necessária.

Na ânsia de solucionar a disputa entre as partes, na sede do inventário, ficou acordado que caberia o imóvel situado na rua Ana Bilhar, 740, aptº 100, Aldeota, em Fortaleza, a Wilna Pereira Braga, genitora de Lívia Braga Vasconcelos, a autora, competindo ao espólio efetivar a transmissão.

Segundo consta (fls. 14/15), a conciliação restou homologada pelo juiz. Pois, é esta avença que pretende a autora obrigar o promovido a cumprir, através de sua representante legal, a inventariante.

No entanto, com o envolvimento de menor, incapaz, a repartição de bens em sede de inventário deverá obedecer à forma prescrita em lei, isto é, não poderá ser feita amigavelmente. Haverá necessariamente partilha judicial.

É absolutamente nulo o pacto firmado na solução de um impasse, ainda que homologado por autoridade judiciária, se está em confronto com a lei. Não se faz transmissão de domínio do espólio para um herdeiro ou legatário, havendo menores na sucessão hereditária, por simples acordo de cavalheiros. Diz a lei que será sempre judicial a partilha de bens quando houver algum herdeiro civilmente incapaz. Ora, Lívia, nascida em 1988, ao tempo do acordo, 1995, não alcançara ainda oito anos de idade.

Basta um exame perfunctório da evidência desta realidade para compreender que a douta sentença vergastada não merece reforma. O título nulo de pleno direito não pode produzir nenhum efeito. Não gera direito que possa compelir outrem a fazer o que a lei não permite. O espólio não deveria executar a transferência postulada porque o interesse da apelante estava fundamentado em título juridicamente nulo.

Desse modo, procedem as alegações dos embargos à execução, enquanto a execução, com base em título nulo, não tem amparo legal, razão de sua plena e total improcedência, como assim julgou o magistrado singular corretamente.

Meu voto é no mesmo sentido, mantida invulnerável a decisão combatida.

Fortaleza, 18 de julho de 2007

REEXAME NECESSÁRIO Nº 2005.0026.5205-8/0, ORIUNDO DA VARA ÚNICA DA COMARCA VINCULADA DE MORAÚJO.
AUTOR: MINISTÉRIO PÚBLICO ESTADUAL.
RÉU: MUNICÍPIO DE MORAÚJO.
RELATORA: DESA. MARIA IRACEMA DO VALE HOLANDA.

EMENTA: PROCESSUAL CIVIL. CONSTITUCIONAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. MINISTÉRIO PÚBLICO. REALIZAÇÃO DE EXAME MÉDICO PELO MUNICÍPIO. PESSOA HIPOSSUFICIENTE PORTADORA DE DOENÇA GRAVE. DIREITO À VIDA E À SAÚDE. DEVER CONSTITUCIONAL DO ENTE PÚBLICO. PROCEDÊNCIA DA AÇÃO. SENTENÇA MANTIDA.

1. Tratam os autos de Ação Civil Pública, promovida pelo Ministério Público Estadual, com o objetivo de obrigar o Município de Moraújo à efetivação do direito à saúde de pessoa hipossuficiente, que não tem condições de arcar com os custos de exame médico necessário para o seu tratamento.
2. O direito fundamental à saúde, previsto expressamente nos Arts. 6º e 196 da Constituição Federal, assume posição de destaque na garantia de uma existência digna, posto que é pressuposto lógico de efetivação de outros dispositivos da mesma natureza.
3. A atuação dos Poderes Públicos está adstrita à consecução do referido direito, devendo priorizar sua efetivação face a outras medidas administrativas de caráter secundário. Trata-se do conhecido efeito vinculante dos direitos fundamentais.
4. Neste desiderato, o Judiciário tem por dever não só respeitar tais normas, mas igualmente garantir que o Executivo e o Legislativo confiram a elas a máxima efetividade.
- Precedentes do STJ e deste egrégio Tribunal de Justiça.
- Reexame Necessário conhecido.
- Sentença mantida.
- Unânime.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de Reexame Necessário nº 2005.0026.5205-8/0, 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 reexame necessário, mantendo inalterada a sentença proferida em 1º grau de jurisdição, nos termos do voto da Relatora.

Fortaleza, 09 de dezembro de 2009.

RELATÓRIO

Tratam os autos de Reexame Necessário em face de sentença proferida pelo Juízo da Vara Única da Comarca Vinculada de Moraújo que decidiu pela procedência da ação.

O caso/a ação originária: o Ministério Público Estadual promoveu Ação Civil Pública em prol da Sra. Luzia Almeida Alves, aduzindo e anexando documentos comprobatórios de que a interessada estaria necessitando da realização de uma "Tomografia Computadorizada Cerebral", para o diagnóstico e consequente tratamento de doença da qual estava acometida. Entretanto, referido exame não era realizado pelo Sistema Único de Saúde do Município de Moraújo. Às fls. 14/17, liminar pleiteada foi deferida. Regularmente citado, o Município de Moraújo não apresentou contestação, conforme certidão de fl. 20.

A sentença: às fls. 25/27, o Magistrado da Vara Única da Comarca Vinculada de Moraújo decidiu pela procedência da ação. Transcrevo o dispositivo da sentença, no que interessa:

> "Ante o exposto, julgo procedente o pedido do autor para, confirmando a tutela antecipada, determinar ao Município de Moraújo que preste à paciente Luzia Almeida Alves, toda assistência médica necessária, providenciando a realização dos exames necessários ao diagnóstico de sua doença, arcando com todo o seu tratamento, ainda que para isto necessite lançar mão de hospital da rede privada, sob pena de cominação de multa diária no valor de R$ 100,00 (Cem reais)".

Parecer da Procuradoria Geral de Justiça: às fls. 36/38, opinando pela manutenção da sentença proferida na instância *a quo*.

É o relatório.

Revisão feita pelo Excelentíssimo Senhor Desembargador Lincoln Tavares Dantas.

VOTO

Tratam os autos de Ação Civil Pública, promovida pelo Ministério Público

Estadual, com o objetivo de obrigar o Município de Moraújo à efetivação do direito à saúde de pessoa hipossuficiente, que não tem condições de arcar com os custos de exame médico necessário para o seu tratamento.

Dois pontos principais podem ser observados: a possibilidade de o Ministério Público pleitear, por meio de Ação Civil Pública, a efetivação de direito indisponível e, no mérito, o dever do Estado em garantir a implementação dos direitos fundamentais de todos os cidadãos, constitucionalmente previstos. Por partes e em tópicos segue este voto.

Da possibilidade de propositura de Ação Civil Pública no caso em análise.

A Constituição Federal de 1988 incumbiu o Ministério Público, instituição permanente e essencial à função jurisdicional do Estado, dentre outras atividades, de defender os interesses sociais e individuais indisponíveis, conforme explicitado em seu Art. 127.

A saúde e a vida são direitos indisponíveis por natureza, sendo este último um pressuposto para o exercício de qualquer outro direito. Logo, a violação de quaisquer destas garantias, assim como de outros direitos tidos como indisponíveis, reclama a imediata ação do Ministério Público, de forma a garantir o pleno exercício a todos os seus titulares.

Partindo destas considerações, sabendo-se que o *Parquet* tem o dever de postular todas as medidas necessárias ao pleno e efetivo exercício das garantias constitucionais, deve-se atentar para o disposto no Art. 21 da Lei nº 7.347/85 (Lei Ação Civil Pública):

> "Art. 21. Aplicam-se à defesa dos direitos e interesses difusos, coletivos e individuais, no que for cabível, os dispositivos do Título III da lei que instituiu o Código de Defesa do Consumidor."

Ora, pela interpretação do dispositivo supra, lícito é afirmar que o Ministério Público possui total legitimidade para ingressar em juízo pleiteando a efetivação dos direitos à vida e à saúde, nos termos do Art. 83 do CDC:

> "Art. 83. Para a defesa dos direitos e interesses protegidos por este código são admissíveis todas as espécies de ações capazes de propiciar sua adequada e efetiva tutela."

Neste sentido, o posicionamento do colendo STJ:

> "PROCESSUAL CIVIL. GESTANTE. ESTADO CRÍTICO DE SAÚDE.

> AÇÃO CIVIL PÚBLICA. LEGITIMIDADE DO MINISTÉRIO PÚBLICO. DIREITO INDISPONÍVEL.
> 1. A demanda envolve interesse individual indisponível na medida em que diz respeito à internação hospitalar de gestante hipossuficiente, o que, sem sombra de dúvidas, repercute nos direitos à vida e à saúde do nascituro e autoriza a propositura da ação pelo Ministério Público. 2. "Tem natureza de interesse indisponível a tutela jurisdicional do direito à vida e à saúde de que tratam os arts. 5º, *caput* e 196 da Constituição, em favor de gestante hipossuficiente que necessite de internação hospitalar quando seu estado de saúde é crítico. A legitimidade ativa, portanto, se afirma, não por se tratar de tutela de direitos individuais homogêneos, mas sim por se tratar de interesses individuais indisponíveis" (REsp 933.974/RS, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, DJU 19.12.07).
> 3. Agravo regimental não provido." (AgRg no REsp 1045750/RS, Rel. Ministro CASTRO MEIRA, SEGUNDA TURMA, julgado em 23/06/2009, DJe 04/08/2009) (destacamos)

Superada a questão, passo a tratar do mérito da demanda.

Do dever do Estado em implementar políticas públicas capazes de dar efetividade aos direitos fundamentais à saúde e à vida.

Em sua inicial, o Ministério Público expôs a situação da substituída processual nos seguintes termos:

> "Luzia Almeida Alves (...), após ser submetida a exame físico, apresentou o seguinte quadro clínico: "Movimentos Coreicos de Membros Superiores e Cabeça, síndrome Piramidal Bilateral, Atrofia muscular Generalizada, Para que fosse possível diagnosticar a doença que acomete a paciente, o médico solicitou uma Tomografia Computadorizada Cerebral, conforme demonstra o laudo em anexo [fl. 9].
> (...)
> Assim, há suspeitas de que a paciente sofra de Cereia (CID G25-5), não podendo prosseguir com o tratamento adequado porque não foi possível realizar o exame imprescindível para a confirmação do diagnóstico. A paciente encontra em sua residência, sem qualquer cuidado médico, correndo, inclusive, risco de vida por conta da omissão do Estado." (*sic*) (trecho de fls. 02/03)

O direito fundamental à saúde, previsto expressamente nos Arts. 6º e 196

da Constituição Federal, assume posição de destaque na garantia de uma existência digna, posto que é pressuposto lógico de efetivação de outros dispositivos da mesma natureza.

Importa destacar que, a despeito de tratar-se de uma norma programática, não há que se falar em inaplicabilidade, pois conforme o § 1º do Art. 5º da CF/88, este dispositivo possui aplicabilidade imediata.

Logo, a atuação dos Poderes Públicos está adstrita à consecução do direito à saúde, devendo priorizar sua efetivação face a outras medidas administrativas de caráter secundário. Trata-se do conhecido efeito vinculante dos direitos fundamentais. Neste desiderato, o Judiciário tem por dever não só respeitar tais normas, mas igualmente garantir que o Executivo e o Legislativo confiram a elas a máxima efetividade.

Assim, constatando-se que a substituída pelo Ministério Público nesta demanda necessita de exames médicos para o diagnóstico e consequente tratamento de enfermidade grave, sabendo, ainda, que o Município de Moraújo não disponibiliza tal serviço em seu Sistema de Saúde, não há outra medida a ser tomada, senão obrigar compulsoriamente a Administração Pública a realizá-lo, garantindo o respeito à Constituição Federal.

O Superior Tribunal de Justiça já vem se manifestando neste sentido como se depreende do seguinte excerto jurisprudencial:

> "PROCESSUAL CIVIL E CONSTITUCIONAL. RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. SUS. FORNECIMENTO GRATUITO DE MEDICAMENTO, PELO ESTADO, À PESSOA HIPOSSUFICIENTE PORTADORA DE DOENÇA GRAVE. OBRIGATORIEDADE. LEGITIMIDADE PASSIVA. SECRETÁRIO DE ESTADO DA SAÚDE. POSSIBILIDADE. APLICAÇÃO DO DIREITO À ESPÉCIE. ART. 515, § 3º, DO CPC. INEXISTÊNCIA DE SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. EFETIVIDADE. AFASTAMENTO DAS DELIMITAÇÕES. PROTEÇÃO A DIREITOS FUNDAMENTAIS. DIREITO À VIDA E À SAÚDE. DEVER CONSTITUCIONAL. ARTS. 5º, *CAPUT*, 6º, 196 E 227 DA CF/1988. PRECEDENTES DESTA CORTE SUPERIOR E DO COLENDO STF.
>
> 1. A proteção do bem jurídico tutelado (vida e saúde) não pode ser afastada por questões meramente formais, podendo o Secretário de Estado da Saúde figurar no pólo passivo de ação mandamental objetivando o fornecimento de medicamento à hipossuficiente, portadora de doença grave (hepatite B crônica). (…) 4. Os arts. 196 e 227 da CF/88 inibem a omissão do ente público (União, Estados, Distrito Federal e Municípios) em garantir o efetivo tratamento médico à pessoa necessitada, inclusive com o fornecimento, se necessário, de medicamentos de forma gratuita para o tratamento, cuja

> medida, no caso dos autos, impõe-se de modo imediato, em face da urgência e conseqüências que possam acarretar a não-realização. 5. Constitui função institucional e nobre do Ministério Público buscar a entrega da prestação jurisdicional para obrigar o Estado a fornecer medicamento essencial à saúde de pessoa carente, especialmente quando sofre de doença grave que se não for tratada poderá causar, prematuramente, a sua morte. 6. O Estado, ao negar a proteção perseguida nas circunstâncias dos autos, omitindo-se em garantir o direito fundamental à saúde, humilha a cidadania, descumpre o seu dever constitucional e ostenta prática violenta de atentado à dignidade humana e à vida. É totalitário e insensível. 7. Pela peculiaridade do caso e em face da sua urgência, hão de se afastar as delimitações na efetivação da medida sócio-protetiva pleiteada, não padecendo de ilegalidade a decisão que ordena à Administração Pública a dar continuidade a tratamento médico. 8. Legitimidade ativa do Ministério Público para propor ação civil pública em defesa de direito indisponível, como é o direito à saúde, em benefício de pessoa pobre. 9. Precedentes desta Corte Superior e do colendo STF. 10. Recurso provido. (STJ - RMS 23184/RS, Rel. Ministro JOSÉ DELGADO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 27/02/2007, DJ 19/03/2007 p. 285). (destacamos)

Este egrégio Tribunal de Justiça partilha do mesmo entendimento como se extrai dos recentes julgados proferidos pelo Plenário que seguem transcritos:

> "DIREITO CONSTITUCIONAL. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTO PELO ESTADO. ILEGITIMIDADE PASSIVA. PRELIMINAR AFASTADA. DESNECESSIDADE DE INTERVENÇÃO DA UNIÃO. LITISCONSÓRCIO FACULTATIVO. DIREITO À VIDA E À SAÚDE. DEVER DO ESTADO. SEGURANÇA CONCEDIDA.
> 1. (...). 2.O fornecimento gratuito de medicamentos pelo Estado, objetiva concretizar o princípio da dignidade da pessoa humana e o direito à vida e à saúde, constitucionalmente garantidos. 3.Direito fundamental, de aplicação imediata e dever do Estado, previstos na Constituição Federal (arts. 5º, caput e § 1º, 6º e 196). 4. Precedentes desta Corte. 5.Liminar ratificada. Ordem concedida". (TJCE; MS 2008.0035.0829-0/0; TRIBUNAL PLENO; Des. ANTÔNIO ABELARDO BENEVIDES MORAES; julgado em 26/03/2009; DJ de 26/05/2009)
> * * * * *
> "MANDADO DE SEGURANÇA. CONSTITUCIONAL. DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE. MEDICAÇÃO. CÂNCER. FORNECIMENTO. RESPONSABILIDADE. ESTADO (GÊNERO).

RESERVA DO POSSÍVEL. INVOCAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE.
1. (...). 2. (...). 3. Paciente que necessita com urgência de medicamento específico para combater câncer de alto risco, compete ao Estado do Ceará fornecê-lo, pois a interpretação do Supremo Tribunal Federal acerca do Direito Fundamental à Saúde não admite escusas diante de quadro onde o próprio Direito Fundamental à Vida está em questão. 4.Limitações financeiras do Estado. Mera alegação. A cláusula da reserva do possível, ressalvada a ocorrência de justo motivo objetivamente aferível, não pode ser invocada, pelo Estado, com a finalidade de exonerar-se do cumprimento de suas obrigações constitucionais, notadamente quando, dessa conduta governamental negativa, puder resultar nulificação ou, até mesmo, aniquilação de direitos constitucionais impregnados de um sentido de essencial fundamentalidade" (Ministro Celso de Mello - Informativo/STF nº 345/2004). Segurança concedida". (TJCE; MS 2008.0023.5313-6/0; TRIBUNAL PLENO; Des. JOSÉ ARÍSIO LOPES DA COSTA; julgado em 08/01/2009; DJ de 10/02/2009)

* * * * *

"MANDADO DE SEGURANÇA. ADMINISTRATIVO E CONSTITUCIONAL. DIREITO À SAUDE. FORNECIMENTO GRATUITO DE MEDICAMENTO EM FAVOR DE PACIENTE NECESSITADA. INEXISTÊNCIA DE LITISCONSÓRCIO NECESSÁRIO. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA DE TODOS OS ENTES FEDERATIVOS. REJEIÇÃO DAS PRELIMINARES SUCITADAS. NO MÉRITO, IMPÕE-SE O RECONHECIMENTO DO DIREITO DE PRESERVAÇÃO DA SAÚDE, DA VIDA E DA DIGNIDADE DA IMPETRANTE. PRESENÇA DE DIREITO LIQUIDO E CERTO, ASSEGURADO PELO ARTIGO 196 DA CARTA REPUBLICANA EM VIGOR. CONHECIMENTO E CONCESSÃO DA SEGURANÇA, NOS TERMOS DO PARECER DA DOUTA PROCURADORIA-GERAL DE JUSTIÇA". (TJCE; MS 2008.0020.8943-9/0; TRIBUNAL PLENO; Des. FRANCISCO LINCOLN ARAÚJO E SILVA; julgado em 26/03/2009; DJ de 27/04/2009)

"CONSTITUCIONAL. MANDADO DE SEGURANÇA. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTO. PRELIMINARES DE ILEGITIMIDADE ATIVA DO MINISTÉRIO PÚBLICO; FALTA DE INTERESSE DE AGIR; INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA E DE LITISCONSÓRCIO NECESSÁRIO PASSIVO ENTRE AS AUTORIDADES COATORAS E A UNIÃO FEDERAL. REJEIÇÃO. DIREITO À SAÚDE. DEVER CONSTITUCIONAL DO ESTADO.

SEGURANÇA CONCEDIDA.
1.(...); 2.(...); 3. (...); 4.No tocante ao mérito da impetração, a recusa no fornecimento de medicamentos necessários à sobrevivência dos representados configura ato ilegal e abusivo, por submeter a vida de um ser humano a enorme risco, contrariando o próprio texto constitucional, que assegura, entre os direitos e garantias fundamentais do indivíduo, a inviolabilidade do direito à vida (art. 5º, CF/88), prevendo, ainda, ser a saúde direito de todos e dever do Estado (art. 196). 5. SEGURANÇA CONCEDIDA". (TJCE; MS 2008.0013.1580-0/0; TRIBUNAL PLENO; Des. FRANCISCO SALES NETO; julgado em 30/10/2008; DJ de 12/12/2008).

"CONSTITUCIONAL. MANDADO DE SEGURANÇA. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTO. LEGITIMIDADE PASSIVA DO ESTADO. PRELIMINAR DE ILEGITIMIDADE PASSIVA AFASTADA. DESNECESSIDADE DE INTERVENÇÃO DA UNIÃO. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA DOS ENTES PÚBLICOS PELA PRESTAÇÃO DE SERVIÇO PÚBLICO DE SAÚDE. DOENÇA GRAVE. NECESSIDADE DE PRESERVAÇÃO DA VIDA. DEVER DO ESTADO. 1. (...). 2. O fornecimento gratuito de medicamentos pelo Estado, objetiva concretizar o princípio da dignidade da pessoa humana e o direito à vida e à saúde, constitucionalmente garantidos. 3. Direito fundamental, de aplicação imediata e dever do Estado, previstos na Constituição Federal (arts. 5°, *caput* e § 1°, 6° e 196) 4. Precedentes desta Corte. 5. Liminar ratificada. Ordem concedida". (TJCE; MS 2007.0029.0725-7/0; TRIBUNAL PLENO; Desa. LÚCIA MARIA DO NASCIMENTO FIÚZA BITU; julgado em 20/11/2008 ; DJ de 12/12/2008)

Desta maneira, a manutenção da sentença proferida em 1º grau de jurisdição é medida que se impõe.

DISPOSITIVO

Por tais razões e de acordo com os precedentes acima transcritos, conheço do reexame necessário, mantendo inalterada a sentença proferida pelo Juízo *a quo*, por seus próprios e jurídicos fundamentos.

É como voto.

Fortaleza, 09 de dezembro de 2009.

REEXAME NECESSÁRIO E APELAÇÃO CÍVEL Nº 19268-85.2000.8.06.0167/1 (2000.0176.0986-1/1), ORIUNDOS DA 4ª VARA DA COMARCA DE SOBRAL/CE.
APELANTE: MUNICÍPIO DE TIANGUÁ/CE.
APELADO: SEBASTIÃO AÍRTON DA COSTA.
RELATORA: DESA. MARIA IRACEMA MARTINS DO VALE.

EMENTA: CIVIL. RESPONSABILIDADE CIVIL. DANOS MATERIAIS E MORAIS. ATROPELAMENTO. CULPA CONCORRENTE CARACTERIZADA. ART. 945 DO CC/02. APELO PARCIALMENTE PROVIDO. INDENIZAÇÃO REDUZIDA.

1. Tratam os autos de ação de reparação de danos em razão de atropelamento, para o qual concorreram tanto o condutor do veículo quanto a própria vítima.
2. O motorista do ônibus pertencente à Prefeitura Municipal de Tianguá agiu de forma negligente e imperita quando, após o atropelamento, efetuou marcha à ré, passando o ônibus sobre as pernas do promovente.
3. Da análise das provas, evidenciado a existência de condutas culposas recíprocas entre o preposto do apelante e o acidentado, observando-se a desídia de ambas as partes na adoção da cautela exigida, mesmo que em graus distintos.
4. O Código Civil, em seu Art. 945, determina que a culpa da vítima deve ser considerada no momento da fixação de sua indenização, motivo pelo qual os valores arbitrados devem ser reduzidos.
5. A magistrada *a quo* fixou a indenização por danos morais no patamar de R$ 150.000,00. Assim, por reconhecer que houve culpa concorrente pelo evento danoso, tendo o autor contribuído em menor proporção para o acidente, deve o *quantum* ser reduzido para R$ 100.000,00.
6. Quanto ao pensionamento mensal, mantenho a sentença vergastada
7. Precedentes deste egrégio Tribunal de Justiça.
- Apelação conhecida e parcialmente provida.
- Sentença reformada em parte.
- Unânime.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de Reexame Necessário e Apelação Cível nº 19268-85.2000.8.06.0167/1 (2000.0176.0986-1/1), em

que figuram as partes acima indicadas. Acorda a 4ª Câmara Cível do egrégio Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, por unanimidade, em conhecer do reexame necessário e do apelo, para dar parcial provimento ao último, mantendo o pensionamento mensal e, reconhecendo a culpa concorrente, reduzir o valor da indenização referente ao dano moral, nos termos do voto da Relatora.

RELATÓRIO

Tratam os presentes autos de reexame necessário e apelação cível interposta pelo Município de Tianguá/CE, visando reformar sentença proferida pelo Juízo da 4ª Vara da Comarca de Sobral, que decidiu pela parcial procedência do pedido inicial.

O caso/a ação originária: Sebastião Airton da Costa ingressou com ação de indenização em face do Município de Tianguá, em razão do atropelamento que acarretou na amputação de seus membros inferiores. Apesar de citado (fl. 4), o ente municipal deixou de apresentar contestação, conforme se denota da certidão que dormita à fl. 36. O Ministério Público opinou pela procedência da ação (fls. 36/37).

A sentença: às fls. 154/157, o magistrado *a quo* julgou parcialmente procedente o pedido formulado pelo autor. Transcrevo seu dispositivo, no que interessa:

> "Do exposto, tenho por bem julgar parcialmente procedente o pedido para condenar a empresa ré a pagar ao autor além da pensão mensal de 01 salário mínimo, desde o evento danoso, até que atinja 65 anos o requerente, salvo em caso de morte, observados os acréscimos legais, juros e correção a serem contados, também, do evento danoso; bem como, a título de indenização por dano moral, a importância equivalente a 150.000,00 (cento e cinquenta mil reais), descontados o valor recebido como pagamento pelo DPVAT, sendo certo que tal arbitramento foi feito com moderação, haja vista o dano, as condições dos ofendidos e a capacidade econômica do ofensor; (sic).

A apelação: Inconformado, o Município de Tianguá interpôs o presente recurso (fls. 161/199), pugnando pela total reforma da sentença, uma vez que, segundo alegou, o acidente somente ocorrera por culpa exclusiva da vítima. Não sendo este o entendimento, requereu a alteração no julgado com o fim específico de acatar a tese de culpa concorrente e, neste sentido, reduzir os valores fixados no *decisum*.

Contrarrazões apresentadas às fls. 202/211, pleiteando pela manutenção da sentença, por seus próprios e jurídicos fundamentos.

Parecer da Procuradoria Geral de Justiça às fls. 220/223, opinando pela confirmação da sentença objurgada.

É o relatório.

Revisão feita pelo Excelentíssimo Senhor Des. Lincoln Tavares Dantas.

VOTO

Tratam os autos de ação de reparação de danos em razão de atropelamento que culminou com a amputação dos membros inferiores do demandante, para o qual concorreram tanto o condutor do veículo quanto a própria vítima, mesmo que em graus distintos. Passemos a analisar separadamente a culpa de cada um dos envolvidos:

1. Culpa do Condutor do veículo.

Como se sabe, a condução de veículo em área de grande movimento exige do motorista cautela redobrada, pois a travessia de pedestres em tal situação é bastante previsível. Em caso de atropelamento ocorrido nestas circunstâncias, não haverá que se falar que a vítima haveria surgido repentinamente, sem que houvesse tempo de um ônibus parar, pois caberia ao condutor reduzir a marcha e manter máxima atenção nos transeuntes.

No caso dos autos, Francitácio Vasconcelos Cunha guiava o veículo de propriedade do município recorrente quando, ao efetuar uma curva à direita, colheu a vítima no cruzamento da Av. Dr. Guaranir com a rua Cel. Monte Alverne, localizado no Centro da cidade de Sobral/Ce.

E, da análise do laudo pericial que dormita às fls. 16/17, elaborado pelo Instituto de Criminalística da Secretaria de Segurança Pública do Estado do Ceará, facilmente se constata que:

> "Após o atropelamento, o motorista do ônibus indevidamente empreendeu manobra de marcha ré, em torno de 6,00 metros, o que contribuiu diretamente nas graves lesões verificadas na inditosa vítima." (destacado)

Ademais disto, o enredo probatório constante dos autos, mormente as testemunhas ouvidas, afirmaram categoricamente que ao efetuar a manobra indicada na perícia técnica, o motorista, funcionário da Prefeitura Municipal de Tianguá/CE, agravou ainda mais a situação da vítima. Confira-se trechos dos depoimentos prestados:

> "Que o declarante se encontrava próximo à calçada quando foi atingido pelo ônibus; Que o ônibus atingiu o declarante no meio das tartaruga existentes na referida rua; Que o declarante ficou pendurado em baixo do veículo; Que o motorista do ônibus, ao dar a ré passou os pneus do veículo em cima das pernas do declarante; Que suas pernas ficaram seguras apenas nos couros das pernas; Que isso ocorreu em ambas as pernas; Que o declarante ainda foi arrastado pelo ônibus, pois estava ainda preso nas flandagens. (sic) (Depoimento de Sebastião Aírton da Costa - fl. 85).

> "Que presenciou o acidente reportado na petição inicial; Que no momento em que ocorreu o acidente o depoente se encontrava na esquina do local

> do acidente esperando sua genitora; Que o autor seguia pela Rua Cel. Montalverne em direção ao Teatro São João; Que o acidente aconteceu no exato momento em que o autor tentava cruzar a referida rua; Que o ônibus da empresa promovida vinha pela av. Dom José e dobrou na Rua Cel. Montalverne e neste momento atropelou o autor; Que no momento em que o motorista do ônibus atingiu a vítima esta caiu ao chão e ficou embaixo do ônibus; Que o motorista ainda deu ré no ônibus e passou os pneus em cima das pernas do autor". (sic) (destacado) (Depoimento de Francisco Otávio Viana fl. 103).

> "Que no momento do acidente existiam muitos pedestres transitando pelo local e também muitos veículos, pois era hora do "rush"; Que a vítima foi colhida pelo lado da quina do ônibus, mas não se recorda se foi pela quina direita ou esquerda do ônibus; Que era o pneu dianteiro do ônibus que havia passado pelas pernas da vítima" (destacado) (Depoimento prestado por Suzaneide Lidia de Lima, fl. 108).

Desta forma, diante da robusta e inconteste prova carreada aos autos, conclui-se que a magistrada de primeira instância procedeu corretamente ao reconhecer a culpabilidade do motorista do veículo que colheu a vítima pelo evento danoso.

2. Da culpa da vítima.

Neste ponto, merece reparo a douta sentença.

No caso, a responsabilidade pelo sinistro não pode ser atribuída exclusivamente ao preposto do Município de Tianguá.

O promovente, muito embora em grau inferior, concorreu para seu atropelamento, pois de acordo com o laudo pericial (fl. 18) *"o Sr. Sebastião Airton da Costa, abstraído do ambiente em que se encontrava, não percebeu a aproximação da unidade de tráfego em alusão, provocando dessa forma seu atropelamento"*.

Contudo, conforme restou demonstrado nos autos, caso o motorista guiador do transporte público não tivesse efetuado manobra de marcha ré, não teria ocorrido a trágica amputação dos membros inferiores do demandante.

Esta, inclusive, foi a conclusão a que chegaram os peritos criminais. Confira-se à fl. 19:

> "Ante ao exposto e examinado, apontam os Peritos como causa determinante da ocorrência que motiva o presente Trabalho e em que resultou na amputação das pernas do Sr. SEBASTIÃO AIRTON VASCONCELOS, que apesar da vítima ter concorrido para a efetivação do acidente, por estar trafegando indevidamente sem se preocupar com a segurança no trânsito, a causa técnica do mesmo estar representada pelo violento embate frontal,

> que agravou-se com a manobra imprópria da marcha ré, imposta pelo motorista do ônibus de placas HTY-5251-Ce, que contribuiu diretamente nas graves lesões, fator sem o qual o acidente não teria tido as consequências verificadas no caso." (sic) (destacado) (sic)

Como pode ser observado, as provas existentes nos autos são categóricas em reconhecer que a vítima, mesmo que em menores proporções, concorreu para o acidente, uma vez que não tomou os cuidados mínimos exigidos à travessia de uma rua.

3. Da culpa concorrente.

O Código Civil, em seu Art. 945, determina que a culpa da vítima deve ser considerada no momento da fixação de sua indenização. Confira-se o teor do referido dispositivo legal:

Art. 945. Se a vítima tiver concorrido culposamente para o evento danoso, a sua indenização será fixada tendo-se em conta a gravidade de sua culpa em confronto com a do autor do dano.

No caso dos autos, constata-se a existência de condutas culposas recíprocas entre o preposto do Município recorrente e o acidentado, observando-se a desídia de ambas as partes, mesmo que em graus diferentes, na adoção da cautela exigida pelo caso concreto. Diante disto, impõe-se reduzir os valores obtidos na condenação, de modo a assegurar sua razoabilidade.

Em situações similares a esta, a jurisprudência deste egrégio Tribunal de Justiça vem se manifestando no mesmo sentido, como pode ser observado nas ementas que seguem transcritas:

> "APELAÇÃO CÍVEL. RESPONSABILIDADE CIVIL EM ACIDENTE DE TRÂNSITO. ABALROAMENTO ENTRE CARRO E MOTOCICLETA. MORTE DE UM OCUPANTE DA MOTO. RESPONSABILIDADE SUBJETIVA. CULPA CONCORRENTE. ABSOLVIÇÃO CRIMINAL. INCIDÊNCIA DO ART. 935 DO CCB. PENSIONAMENTO. PRINCÍPIO DA RAZOABILIDADE. (...). Impõe-se, no caso dos autos, o reconhecimento da existência de conduta culposa recíproca entre as partes litigantes, porquanto, a descrição dos fatos nas peças processuais indica a desídia de ambas na adoção da cautela requerida pelo caso concreto. (...). Apelo parcialmente provido". (TJCE; APC 2002.0001.1664-2/0; 4ª CÂMARA CÍVEL; DES. LINCOLN TAVARES DANTAS; julgado em 04/07/2007; publicado em 31/07/2007) (grifo nosso)
>
> * * *
>
> "DIREITO CIVIL. ACIDENTE FERROVIÁRIO. AÇÃO

DE INDENIZAÇÃO. DANOS. RESPONSABILIDADE CIVIL. CONCORRÊNCIA DE CULPAS. PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE E DA RAZOABILIDADE. SENTENÇA REFORMADA. APELAÇÃO PARCIALMENTE PROVIDA.

1. A empresa ferroviária responde civilmente pelo descumprimento do dever de manutenção e conservação, em local de intenso trânsito de pedestres, de cercas ou muros em volta de suas linhas férreas;

2. A vítima contribuiu para o resultado, fazendo a travessia pelos trilhos de forma inadequada, caracterizada a culpa concorrente; 3. (...); 4. (...)". (TJCE; APC 2003.0000.4650-2/0; 4ª CÂMARA CÍVEL; DES. FRANCISCO LINCOLN ARAÚJO E SILVA; julgado em 07/05/2008; publicado em 10/06/2008) (grifo nosso)

* * *

"APELAÇÃO CÍVEL - AÇÃO DE REPARAÇÃO DE DANOS - MORTE DE FILHA MENOR DECORRENTE DE ATROPELAMENTO - RESPONSABILIDADE OBJETIVA DA EMPRESA PRIVADA CONCESSIONÁRIA DE SERVIÇO PÚBLICO - CULPA CONCORRENTE DA VÍTIMA - REDUÇÃO DO VALOR INDENIZATÓRIO - APELAÇÃO CONHECIDA E PROVIDA:

I - Uma vez que a RFFSA é empresa privada (sociedade de economia mista) que executa serviço eminentemente público, qual seja, o transporte ferroviário, responde objetivamente pelos danos que seus agentes causarem a terceiros, conforme preconiza o art. 37, §6° da Carta Magna de 1988.

II - O fato de a vítima haveria surgido repentinamente, sem que houvesse tempo de o carro parar, não ilide o necessário dever de cautela que todo motorista deve ter ao ultrapassar um veículo coletivo parado, vez que a travessia de pedestre em tal situação é bastante previsível, apontando apenas que a vítima concorreu com culpa para o acidente, o que, apesar de não excluir, atenua a responsabilidade da Apelada. III - (...). IV - (...). V - (...). (TJCE; APC 2000.0012.8261-2/0; 3ª CÂMARA CÍVEL; Desa. MARIA CELESTE THOMAZ DE ARAGÃO, julgado em 14/08/2003; publicado em 28/08/2003) (grifo nosso)

* * *

"RESPONSABILIDADE CIVIL. ACIDENTE DE TRÂNSITO. DANO A TERCEIRO. RESPONSABILIDADE CONCORRENTE DOS ENVOLVIDOS NA PROPORÇÃO DE SUAS CULPAS. - Havendo dano material a terceiro em decorrência de acidente de trânsito, os envolvidos são responsáveis, na proporção da culpa de cada um, pelo ressarcimento do mesmo. - Precedentes dos tribunais superiores." (TJCE; APC 5814-49.2003.8.06.0000; 2ª Câmara Cível; Rel. Des. ADEMAR MENDES BEZERRA; DJ 09/11/2005).

Do mesmo modo, o entendimento do Superior Tribunal de Justiça:

> "CIVIL. RESPONSABILIDADE CIVIL. ACIDENTE DE TRÂNSITO. MORTE. DANOS MORAIS. FORMA DE PAGAMENTO. NATUREZA DISTINTA DA PENSÃO MENSAL. CULPA CONCORRENTE. REDUÇÃO DO *QUANTUM*. RECURSO DESACOLHIDO.
> I - A indenização por danos morais deve ser paga de uma só vez, preferencialmente, e não em forma de pensionamento.
> II - O reconhecimento da culpa concorrente tem o condão de reduzir o valor da indenização, sabido, outrossim, que, entre outros critérios, o grau de culpa deve ser observado no arbitramento do dano moral." (REsp 403.940/TO, Rel. Ministro SÁLVIO DE FIGUEIREDO TEIXEIRA, QUARTA TURMA, julgado em 02/05/2002, DJ 12/08/2002 p. 221) (destacado)

Sobre o tema, forçoso transcrever trecho do voto da lavra do então Ministro do Superior Tribunal de Justiça, Sálvio de Figueiredo Teixeira, que no Recurso Especial nº 403940/TO, julgado em 02/05/2002, assim se manifestou:

> "A culpa concorrente impõe a redução do *quantum* de acordo com a proporcionalidade de culpa, não significando que em todos os casos a redução seja pela metade. Nada mais razoável que assim se entenda. A indenização deve ser proporcional ao grau de culpa das partes envolvidas, procurando reparar o dano de forma integral, para quem dele não participou, e de forma concorrente, em caso de participação de ambas as partes. Em outras palavras, se a vítima concorreu para o evento danoso, tal circunstância deve ser considerada. (...)"

Face ao exposto, por vislumbrar a ocorrência de culpa recíproca, o valor da indenização fixado pelo juiz *a quo* deve ser reduzido, fixando-se a condenação em R$ 100.000,00 (cem mil reais), levando-se em consideração a gravidade do dano sofrido pelo autor, ante a amputação de suas pernas.

4. Do valor atribuído a título de pensão mensal.

A magistrada de primeiro grau de jurisdição condenou o insurgente no pagamento de pensão mensal de 1 (um) salário mínimo, desde o evento danoso até a data em que a vítima atingir 65 (sessenta e cinco) anos de idade, salvo em caso de morte.

Vale salientar que, embora o demandante perceba pensionamento mensal no valor de um salário mínimo referente a sua aposentadoria, o Superior Tribunal de Justiça, em recentíssimo julgado da lavra do Ministro e Professor Luiz Fux, já firmou o entendimento acerca da possibilidade de cumulação entre pensão previdenciária e pensão decorrente de ato ilícito. Confira-se o precedente:

"PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. RECURSO DOS AUTORES. DANOS MATERIAIS CUMULAÇÃO COM PENSÃO PREVIDENCIÁRIA. 2/3 RENDIMENTOS DA VÍTIMA. FILHOS MENORES ATÉ 25 ANOS DE IDADE. PRECEDENTES DESTA CORTE. RECURSO DA UNIÃO. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. DANOS MORAIS E MATERIAIS. ARTIGO 37, § 6º DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. NEXO DE CAUSALIDADE. DANOS MORAIS. FALTA DE PREQUESTIONAMENTO. INEXISTÊNCIA DE EMBARGOS DE DECLARAÇÃO ACERCA DA MATÉRIA. INEXISTÊNCIA DE VIOLAÇÃO AO ART. 535 DO CPC.

1. O benefício previdenciário é diverso e independente da indenização por danos materiais ou morais, porquanto ambos têm origens distintas. O primeiro assegurado pela Previdência; e a segunda, pelo direito comum. Caracterizada a responsabilidade administrativa do Estado, com fulcro no art. 37, par. 6º, da Constituição Federal, surge o dever de indenizar a parte lesada de acordo com as normas do direito privado, podendo, conforme o caso a indenização compreender danos morais e, ou materiais. 2. A indenização por ato ilícito é autônoma em relação a qualquer benefício previdenciário que a vítima receba. Precedentes: REsp 823.137/MG, Relator Ministro Castro Filho, Terceira Turma, DJ 30.06.2006; REsp 750.667/RJ, Relator Ministro Fernando Gonçalves; Quarta Turma, DJ 30.10.2005; REsp 575.839/ES, Relator Ministro Aldir Passarinho Junior, Quarta Turma, DJ 14.03.2005; REsp 133.527/RJ, Relator Ministro Barros Monteiro, Quarta Turma, DJ 24.02.2003).

3. Versam recursos especiais interpostos por esposa e filhos de sargento da aeronáutica vítima de acidente aéreo, em serviço, visando o reconhecimento da indenização por danos materiais negada pelo Tribunal local, em face do recebimento da pensão previdenciária; e pela União postulando o afastamento da responsabilidade administrativa do estado, fixada com fulcro no art. 37, par. 6º, da Constituição Federal.

4. *In casu*, a União foi responsabilidade pela morte do militar, em serviço, com amparo no dispositivo constitucional, sendo que o Tribunal local fixou o valor à título de danos morais, mas não em danos materiais, uma vez que entendeu estar este sendo ressarcido através da pensão militar deferida. Os autores postulam, em sede de recurso especial, indenização por danos materiais, com amparo nas normas do Código Civil, sustentando que o acidente ocasionou a interrupção na carreira da vítima e a impossibilidade de promoções futuras, acarretando diferenças negativas nos reflexos patrimoniais correspondentes no seio familiar.

5. Consectariamente, em sendo o benefício previdenciário independente em relação à indenização civil, com mais razão se estende este mesmo princípio

> nos casos em que configurada a responsabilidade administrativa do Estado, podendo cumular-se o benefício previdenciário e a indenização por danos materiais decorrente da configuração desta responsabilidade.
> 6. Configurada a possibilidade de cumulação da pensão Previdenciária e os danos materiais, bem como os parâmetros adotados por esta Corte, o valor da pensão deve ser fixada em 2/3 (dois terços) do soldo da vítima, deduzindo que o restante seria gasto com seu sustento próprio, devida aos filhos menores até o limite de 25 (vinte e cinco) anos de idade. Precedentes: REsp 767736/MS, SEGUNDA TURMA, julgado em 05/06/2008, DJe 19/06/2008; REsp 603984/MT, PRIMEIRA TURMA, julgado em 05/10/2004, DJ 16/11/2004 p. 193; REsp 592671/PA, SEGUNDA TURMA, julgado em 06/04/2004, DJ 17/05/2004 p. 199; REsp 402443/MG, TERCEIRA TURMA, julgado em 02/10/2003, DJ 01/03/2004 p. 179. (...)" (REsp 922.951/RS, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA TURMA, julgado em 17/12/2009, DJe 10/02/2010) (destacado)

Assim, correta a decisão que condenou o insurgente em pensionamento mensal decorrente do ato ilícito praticado.

Por esta razão, neste aspecto específico, deve a sentença ser mantida em todos os seus termos, até mesmo porque fixado no valor mínimo estabelecido pela Constituição Federal de 1988.

5. Da correção monetária.

Por fim, como no presente caso a discussão envolve danos de natureza moral e material, o termo *a quo* da correção quanto ao primeiro, é o do seu arbitramento.

De tão remansosa jurisprudência neste sentido, a matéria restou sumulada no enunciado nº 362 das Súmulas do Superior Tribunal de Justiça, *in verbis*:

> STJ; Súmula 362 - "A correção monetária do valor da indenização do dano moral incide desde a data do arbitramento."

No que concerne aos juros moratórios, como a sentença foi prolatada após a entrada em vigor do novo Código Civil, devem ser aplicadas as disposições legais do Art. 406 do CC/02, que assim dispõe:

> "Art. 406. Quando os juros moratórios não forem convencionados, ou o forem sem taxa estipulada, ou quando provierem de determinação da lei, serão fixados segundo a taxa que estiver em vigor para a mora do pagamento de impostos devidos à Fazenda Nacional."

Os Tribunais pátrios já pacificaram que a taxa a que se refere o referido

dispositivo legal é a SELIC, nos expressos termos da Lei nº 9.250/95 e Art. 30 da Lei 10.522/02, como se depreende do seguinte excerto jurisprudencial:

> "PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. VIOLAÇÃO DO ARTIGO 186 DO CÓDIGO CIVIL BRASILEIRO. RESPONSABILIDADE CIVIL OBJETIVA. PLEITO DE DANOS MATERIAIS E MORAIS. MORTE EM PRESÍDIO. ESGANADURA. CABIMENTO DA INDENIZAÇÃO. *ONUS PROBANDI* DO ESTADO. RESPONSABILIDADE CONFIGURADA. INDENIZAÇÃO FIXADA NA SENTENÇA *A QUO*. JUROS MORATÓRIOS E CORREÇÃO MONETÁRIA. (…) 20. A partir da vigência do Novo Código Civil (Lei nº 10.406/2001) os juros moratórios deverão observar a taxa que estiver em vigor para a mora do pagamento de impostos devidos à Fazenda Nacional (artigo 406). Taxa esta que, como de sabença, é a SELIC, nos expressos termos da Lei nº 9.250/95. Precedentes: REsp 688536/PA, DJ 18.12.2006; REsp 830189/PR, DJ 07.12.2006; REsp 813.056/PE, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA TURMA, julgado em 16.10.2007, DJ 29.10.2007; REsp 947.523/PE, DJ 17.09.2007;REsp 856296/SP DJ 04.12.2006; AgRg no Ag 766853/MG, DJ 16.10.2006. (…)" (REsp 944.884/RS, Rel. Ministro FRANCISCO FALCÃO, Rel. p/ Acórdão Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA TURMA, julgado em 18/10/2007, DJe 17/04/2008)

Já em relação ao dano material, sua correção se dará desde o evento danoso até os dias atuais, levando-se em consideração o valor do salário mínimo vigente em cada época.

Diante dos fatos acima articulados, a parcial procedência do recurso é medida que se impõe.

DISPOSITIVO

Do exposto, conheço do reexame necessário e do apelo, por estarem presentes todos os pressupostos, para dar PARCIAL PROVIMENTO ao último, para o fim específico de reconhecer a culpa concorrente da vítima e reduzir, por esta razão, o *quantum* indenizatório relativo aos danos morais ao patamar de R$ 100.000,00 (cem mil reais), mantendo inalterada a sentença vergastada no tocante ao pensionamento mensal, com atualização dos valores conforme a orientação adotada pelo STJ.

Em razão da parcial procedência do recurso, entende-se reduzir a verba honorária ao montante de 10% (dez por cento) calculado sobre o valor da condenação.

É como voto.

Fortaleza, 6 de outubro de 2010.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 2250-91.2000.8.06.0089/1
APELANTE: ICAPUÍ TRANSPORTES LTDA
APELADO(A): MUNICÍPIO DE ICAPUÍ - CE
RELATOR: ADEMAR MENDES BEZERRA

EMENTA. PROCESSUAL CIVIL. APELAÇÃO. AÇÃO ORDINÁRIA DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS E MATERIAIS. EXTINÇÃO DO PROCESSO SEM JULGAMENTO DO MÉRITO POR ABANDONO. NECESSIDADE DE INTIMAÇÃO PESSOAL DO REPRESENTANTE LEGAL DA PARTE AUTORA.

1. A extinção do processo prevista no art.267, III do CPC somente pode ser decretada se a parte, intimada pessoalmente, não suprir a falta em quarenta e oito horas nos termos do § 1º do mencionado artigo.

2. No caso em apreço os documentos de fls. 85/86 comprovam que não houve a efetiva intimação à parte autora nos termos da legislação e da jurisprudência colacionada, razão pela qual se impõe a anulação da sentença extintiva do feito, com o retorno dos autos à origem para o seu regular prosseguimento.

3. Recurso conhecido e provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos do processo nº 2250-91.2000.8.06.0089/1, em que figuram as partes acima identificadas. Acorda a Segunda Câmara do Egrégio Tribunal de Justiça do Ceará, à unanimidade, em dar provimento ao recurso nos temos do voto do Relator.

Fortaleza, 23 de março de 2011.

RELATÓRIO

Trata-se de Apelação Cível interposta por ICAPUÍ TRANSPORTES LTDA em face de sentença proferida pelo MM Juiz de Direito da Vara Única da Comarca de Icapuí, proferida nos autos da Ação Ordinária de Indenização promovida pelo apelante contra o Município de Icapuí, que extinguiu o processo nos termos do Art. 267, II e III do CPC, por não ter a parte promovido os atos e diligências que lhe competiam, abandonando a causa.

Nas razões de apelação acostadas às fls.119/123, alega o recorrente, em apertada síntese, a irregularidade da extinção do feito por abandono porque não houve determinação judicial no sentido de determinar a sua intimação pessoal. Requer o provimento do recurso e a consequente reforma da decisão monocrática.

O recorrido apresentou as contrarrazões de fls.142/147, oportunidade em que rebateu os argumentos contidos nas razões recursais e pugnou pela manutenção da sentença.

Parecer da representante da Procuradoria Geral de Justiça pelo provimento do recurso.

É o relatório.

VOTO

Da leitura do caderno processual verifico que merece prosperar a presente apelação, uma vez que a sentença de fl.88 que decretou a extinção do processo sem o julgamento do mérito por abandono não foi precedida da necessária intimação pessoal do representante legal do autor/recorrente nos termos do art. 267, III e § 1º do CPC, *verbis:*

> " Art. 267. Extingue-se o processo, sem resolução de mérito:
>
> III- quando, por não promover os atos e diligências que lhe competir, o autor abandonar a causa por mais de 30(trinta) dias.
>
> § 1º. O Juiz ordenará, no caso dos ns. II e III, o arquivamento dos autos, declarando a extinção do processo, se a parte, intimada pessoalmente, não suprir a falta em 48(quarenta e oito) horas".

Sobre o tema, destaco as lições de Humberto Theodoro Júnior:

> " Em qualquer hipótese, porém, a decretação não será de imediato. Após os prazos dos incisos II e III do art. 267, o Juiz terá, ainda, de mandar intimar a parte, pessoalmente, por mandado, para suprir a falta(isto é, dar andamento ao feito), em 48 horas. Só depois dessa diligência é que, persistindo a inércia, será possível a sentença de extinção do processo, bem como a ordem de arquivamento dos autos (art.267, § 1º).
>
> A intimação pessoal da parte, exigida textualmente pelo Código, visa a evitar a extinção em casos que a negligência e o desinteresse são apenas do advogado, e não do sujeito processual propriamente dito. Ciente do

> fato, a parte poderá substituir seu procurador ou cobrar dele a diligência necessária para que o processo retome o curso normal". (*In* Curso de Direito Processual Civil, Volume I, 50ª Edição Comemorativa, Rio de Janeiro, Forense, 2009, pag. 308)

No mesmo sentido é a jurisprudência do STJ:

> PROCESSUAL CIVIL. EXTINÇÃO DO PROCESSO. ART. 267, III, DO CPC. ADVOGADO EM CAUSA PRÓPRIA. INTIMAÇÃO PESSOAL DESNECESSÁRIA.
> 1. É imprescindível a intimação pessoal do autor para que se extinga o processo com base no art. 267, III, do CPC, a fim de que a parte não seja surpreendida pela desídia do advogado.
> (...)
> 3. Agravo Regimental não provido. (AgRg no Ag 1150234/MG, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 22/09/2009, DJe 30/09/2009).
>
> AGRAVO REGIMENTAL. IRREGULARIDADE DE REPRESENTAÇÃO PROCESSUAL. PRIMEIRA E SEGUNDA INSTÂNCIAS. VÍCIO SANÁVEL. REEXAME DE PROVAS. SÚMULA 7. ABANDONO DA CAUSA. EXTINÇÃO DO PROCESSO. INTIMAÇÃO PESSOAL. NECESSIDADE.
> (...)
> - A extinção do processo por abandono da causa depende de prévia intimação pessoal do autor para suprir a falta em 48 (quarenta e oito) horas.
> - Para a aplicação do § 1º do Art. 267 do CPC, não importa se já foram feitas outras intimações anteriores por abandono. (AgRg no Ag 951.976/RJ, Rel. Ministro HUMBERTO GOMES DE BARROS, TERCEIRA TURMA, julgado em 19/12/2007, DJ 08/02/2008 p. 681).

No caso em apreço os documentos de fls. 85/86 comprovam que não houve a efetiva intimação ao representante legal da parte autora nos termos da legislação e da jurisprudência colacionada, razão pela qual dou provimento ao recurso apelatório para anular a sentença, determinando o envio dos autos ao juízo de origem, a fim de que ao feito se imprima regular processamento.

É como voto.

Fortaleza, 23 de março de 2011.

APELAÇÃO CÍVEL Nº. 23196-84.2005.8.06.0000/0
APELANTES: ANTÔNIO JOSÉ DA SILVA E ADELAIDE MARIA DA SILVA
APELADA: MARLÚCIA BARROS DA SILVA
RELATOR DES. ADEMAR MENDES BEZERRA

EMENTA: **CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO REIVINDICATÓRIA. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA ESTADUAL. DESINTERESSE DA UNIÃO FEDERAL. ALEGAÇÃO DE POSSE MANSA E PACÍFICA INEFICIENTE PARA AFASTAR O DIREITO DA APELADA, UMA VEZ QUE A LIDE SE FUNDA NO DOMÍNIO. CONSTITUCIONALIDADE DO DECRETO-LEI Nº 70/66 RECONHECIDA PELO STF, DE FORMA A INEXISTIR VIOLAÇÃO DO DIREITO CONSTITUCIONAL DE MORADIA. DIREITO DE RETENÇÃO POR BENFEITORIAS SUSCITADO SOMENTE EM SEDE DE RECURSO E CARECEDOR DE PROVAS. APELAÇÃO A QUE SE NEGA PROVIMENTO.**

- Compete à Justiça Comum Estadual o julgamento da presente lide, haja vista o imóvel já ter sido transferido para a titularidade da apelada, tendo se consumado a relação de mútuo celebrada entre a Caixa Econômica Federal e a recorrida. Deste modo, o bem não mais integra o patrimônio da União. Corroborando este entendimento, veio o próprio Ente Público manifestar a inexistência de interesse na presente relação processual.
- A presente lide tem como fundamento o domínio sobre o imóvel e não a posse. Assim, o que deve ser comprovado é a propriedade do bem.
- O Decreto Lei nº 70/66, por seu turno, já teve sua constitucionalidade diversas vezes confirmada pelo STF, de modo que o direito constitucional à moradia não é violado pela simples aplicação do procedimento estabelecido naquela norma.
- Por fim, sobre o direito de retenção por benfeitorias, este não restou arguido na fase postulatória e muito menos comprovado na fase instrutória, de modo que se torna impossível sua concessão em sede de apelação.
- Apelação conhecida e improvida.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de Apelação nº. 23196-84.2005.8.06.0000/0, 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, 16 de fevereiro de 2011.

RELATÓRIO

Em exame, recurso de apelação cível interposto por ANTÔNIO JOSÉ DA SILVA e ADELAIDE MARIA DA SILVA, contra sentença do MM. Juiz de Direito da 15ª Vara cível desta capital, que julgou procedente Ação Reivindicatória ajuizada pela apelada MARLÚCIA BARROS DA SILVA em face dos apelantes.

Na inicial da referida ação (fls. 02/11), a demandante alega, em suma, que, adquiriu o imóvel, objeto de matrícula nº 008.984, do 6º Ofício de Registro de Imóveis desta comarca, mediante contrato por instrumento particular de compra e venda com utilização dos recursos do FGTS. Afirma que ficou impossibilitada de tomar posse do bem em razão de sua ocupação irregular pela promovida Adelaide Maria Queiroz da Silva, a qual foi notificada extrajudicialmente, mas, ainda assim, se recusa a desocupar a casa. Ao final, pediu a antecipação dos efeitos da tutela.

Documentos acostados às fls. 12/33.

Na peça contestatória, às fls. 37/41, os promovidos alegaram, preliminarmente, a incompetência absoluta em razão do interesse da União, haja vista o imóvel ter sido construído pelo Sistema Financeiro de Habitação – SFH, com recursos do Fundo de Garantia por Tempo de Serviço – FGTS. Em se tratando de recursos federais, estaria evidente o interesse da União, atraindo a competência para a Justiça Federal. No mérito, aduziram que, a partir da vigência da Medida Provisória nº 2.155/2001, a Caixa Econômica Federal não poderá negociar imóvel, financiado pelo extinto SFH, quando não atendidas as determinações legais, motivo pelo qual afirmam que ajuizarão Ação Declaratória junto à Justiça Federal para anular a venda. Defendem, ainda, que esse imóvel, por determinação daquela Medida Provisória, passou a integrar o patrimônio da União. Por fim, alegam que detêm a posse mansa e pacífica do imóvel desde 1995 e que o bem, na verdade, pertence ao Sr. Raimundo Nonato da Silva, conforme prova a matrícula nº 62.448 do Registro de Imóveis da 2ª Zona em 22 de junho de 1994.

Acostaram documentos, às fls. 42/45.

Réplica, às fls. 47/56.

Sentença, às fls. 60/62, afastou a preliminar, levantada em sede de contestação, uma vez que o bem foi transferido nos termos do contrato, o que afasta o interesse da União, além do fato de a própria Caixa Econômica Federal ter vendido o bem à reivindicante. No mérito, sobre a questão da propriedade, constatou que o antigo possuidor perdeu a propriedade em virtude de sua inadimplência, não tendo ajuizado ação para anular a adjudicação do bem por parte da CEF. Julgou procedente a demanda, concedendo a antecipação dos efeitos da tutela para determinar a imissão da promovente na posse do imóvel. Condenou a promovida em honorários advocatícios fixados em 10% sobre o valor da causa.

Nas razões do apelo, às fls. 65/74, os recorrentes devolveram os seguintes pontos: a) incompetência absoluta da Justiça Estadual por se tratar de imóvel pertencente ao patrimônio da União Federal, por força da MP 2.155/2001. Assim, caberia à Justiça Federal dizer se é competente ou não para apreciar o presente feito; b) os apelantes detém a posse mansa e pacífica do bem desde 1995, tendo adquirido-o dos mutuários Raimundo Nonato da Silva e Maria Gorete Nascimento da Silva por meio de contrato de gaveta; c) o imóvel foi objeto de adjudicação extrajudicial pela CEF, com base no Decreto Lei nº 70/66, o que ofenderia a garantia constitucional do devido processo legal; d) direito constitucional à moradia; e) a sentença não apreciou o direito à retenção das benfeitorias feitas ao longo dos quase 10 anos de ocupação do imóvel.

Acostaram documentos de fls. 75/88.

Recurso recebido somente no efeito devolutivo, à fl. 90.

Contraminuta dos promoventes, às fls. 141/148, combate as matérias devolvidas no apelo, indicando que o imóvel passou a pertencer à Caixa Econômica Federal por meio do Leilão Extrajudicial, normatizado no Decreto Lei nº 70/66, em razão da inadimplência dos mutuários Raimundo Nonato da Silva e Maria Gorete Nascimento da Silva, uma vez que aquela instituição figurava como credora hipotecária no contrato de financiamento. Afirma inexistir interesse da CEF, em razão de o imóvel já ter sido vendido, de modo que aquela instituição financeira não é mais proprietária do bem. Quanto ao interesse da União, colacionou jurisprudência do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, segundo a qual, este Ente Político não pode ser considerado responsável juridicamente pelos atos normativos de caráter genérico que expede, de modo que esta só seria parte se se discutisse um contrato envolvendo SFH, em que se questionasse o seguro FCVS.

À fl. 154, converti o julgamento em diligência para que a União Federal se manifestasse acerca de possível interesse na causa. O referido Ente, à fl. 159, informou não ter interesse na relação jurídica instaurada entre as partes.

VOTO

Sobre a competência da Justiça Federal, entendo por insubsistente a

preliminar levantada. Isto porque o imóvel já foi transferido para a titularidade da apelada, tendo se consumado a relação de mútuo celebrada entre a Caixa Econômica Federal e a recorrida. Deste modo, o bem não mais integra o patrimônio da União. Corroborando este entendimento, veio o próprio Ente Público manifestar a inexistência de interesse na presente relação processual.

Acerca da posse mansa e pacífica, vejo que a presente lide tem como fundamento o domínio sobre o imóvel e não a posse. Assim, o que deve ser comprovado é a propriedade do bem.

Da mesma forma vem decidindo esta egrégia Corte:

> "Ementa: APELAÇÃO CÍVEL. REIVINDICATÓRIA. POSSE INJUSTA COMPROVADA. PRESENTES OS REQUISITOS DA REINVIDICATÓRIA. IMÓVEL ADQUIRIDO MEDIANTE CONTRATO DE COMPRA E VENDA PERANTE A CAIXA ECONÔMICA FEDERAL. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA ESTADUAL. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO. 1 - Não há falar em incompetência da Justiça Comum para julgar ação reivindicatória entre particulares, ante o flagrante desinteresse da União Federal. 2. A jurisprudência pátria já se assentou no entendimento de que a ação reivindicatória tem como causa de pedir a propriedade e o direito de seqüela que lhe é inerente, sendo irrelevantes as questões atinentes à constitucionalidade do procedimento do Decreto-Lei nº70/66 ou a legalidade do procedimento executório extrajudicial levado a cabo pela Caixa Econômica Federal. 3. Posse injusta dos Apelantes restou comprovada. 4. Na ação reivindicatória, o que a parte autora deve demonstrar de forma inequívoca não é a sua posse sobre o imóvel em litígio, mas, sim, o domínio, porquanto tal modalidade de ação é destinada a assegurar ao proprietário a possibilidade de reaver a coisa das mãos daquele que injustamente a possui, conforme preceito inserido no art. 1.228 do CC/2002, o que ocorreu na espécie. 5. Extraem-se como requisitos para a propositura da ação reivindicatória, que o autor tenha titularidade do domínio sobre a coisa reivindicada, que a mesma seja individuada, identificada, e esteja injustamente em poder do réu. 5. Recurso conhecido, mas desprovido. Apelação 77991870200080600011. Relator(a): JUCID PEIXOTO DO AMARAL. Órgão julgador: 6ª Câmara Cível. Data de registro: 21/12/2010"

> "Ementa: AÇÃO REIVINDICATÓRIA. PARTICULARES. JUSTIÇA ESTADUAL. COMPETÊNCIA. CAIXA ECONÔMICA FEDERAL. DECRETO-LEI Nº 70/66. EXECUÇÃO EXTRAJUDICIAL DE IMÓVEL. QUESTIONAMENTO NA JUSTIÇA FEDERAL. POSTERIOR ALINENAÇÃO DO BEM. ADQUIRENTE DE BOA-

> FÉ. INOPONIBILIDADE DOS VÍCIOS OCORRIDOS NA RELAÇÃO PRETÉRITA. RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO. 1. A Justiça Federal é absolutamente incompetente para o julgamento de ação possessória entre particulares, pois sua competência, em regra, é determinada em face do interesse de um dos entes elencados no artigo 109, inciso I, da Constituição Federal. 2. Impossibilidade de reunião dos feitos, porquanto em se tratando de competência absoluta *ratione personae*, não se pode cogitar de modificação de competência por conexão. 3. Alienado o imóvel pela Caixa Econômica Federal, sendo o ajuste devidamente registrado no Ofício de Registro de Imóveis, cabe ao adquirente, por estar de boa-fé, valer-se de ação reivindicatória para tomar o bem daquele que injustamente o detenha. 4. Não cabe à Justiça Estadual analisar possíveis nulidades ocorridas em execução extrajudicial, fundada no Decreto-Lei nº 70/66, promovida pela CEF contra o antigo proprietário do imóvel, por ser matéria de competência do Juízo Federal. 5. Agravo de instrumento conhecido e desprovido. Agravo de Instrumento 2873844200980600000 Relator(a): FERNANDO LUIZ XIMENES ROCHA Órgão julgador: 1ª Câmara Cível Data do julgamento: 05/04/2010"

O Decreto Lei nº 70/66, por seu turno, já teve sua constitucionalidade diversas vezes confirmada pelo STF, de modo que o direito constitucional à moradia não é violado pela simples aplicação do procedimento estabelecido naquela norma:

> "EMENTA: EXECUÇÃO EXTRAJUDICIAL. DECRETO-LEI Nº 70/66. CONSTITUCIONALIDADE. Compatibilidade do aludido diploma legal com a Carta da República, posto que, além de prever uma fase de controle judicial, conquanto a posteriori, da venda do imóvel objeto da garantia pelo agente fiduciário, não impede que eventual ilegalidade perpetrada no curso do procedimento seja reprimida, de logo, pelos meios processuais adequados. Recurso conhecido e provido. (RE 223075, Relator(a): Min. ILMAR GALVÃO, Primeira Turma, julgado em 23/06/1998, DJ 06-11-1998 PP-00022 EMENT VOL-01930-08 PP-01682 RTJ VOL-00175/02 PP-00800)"

Por fim, sobre o direito de retenção por benfeitorias, este não restou arguido na fase postulatória e muito menos comprovado na fase instrutória, de modo que se torna impossível sua concessão em sede de apelação.

À vista do exposto, conheço do recurso de apelação, conquanto preenchidos os seus pressupostos de admissibilidade, dando-lhe total improvimento para o fim de manter irretocável a sentença atacada.

É como voto.

Fortaleza, 16 de fevereiro de 2011.

PROCESSO Nº 24991-28.2005.8.06.0000/0
TIPO: APELAÇÃO
COMARCA: FORTALEZA
APELANTES: CORRETA HOTÉIS E TURISMO LTDA., ADHEMAR SILVESTRE JÚNIOR E EUNICE LEME GUIMARÃES SILVESTRE
APELADO: BENJAMIM ZWOELFER DE FARIAS
RELATOR: DES. FRANCISCO AURICÉLIO PONTES

EMENTA: PROCESSUAL CIVIL - APELAÇÕES CÍVEIS - AÇÃO DE DESPEJO POR FALTA DE PAGAMENTO - AUSÊNCIA DE JUNTADA DE CONTESTAÇÃO APRESENTADA TEMPESTIVAMENTE - JULGAMENTO ANTECIPADO DA LIDE NÃO ANUNCIADO - INTELIGÊNCIA DO ART. 509 DO CPC - CERCEAMENTO DE DEFESA CONFIGURADO - SENTENÇA NULA.

1 - No caso, o julgador monocrático concluiu, em sentença, pela total procedência da ação. Em seguida, foram opostos embargos declaratórios alegando, em síntese, a ausência da juntada da contestação oportunamente apresentada, circunstância caracterizadora do cerceamento de defesa, os quais foram rejeitados, sob o fundamento de que ausente qualquer das hipóteses previstas no art. 535 do CPC.

2 - Embora tenha o juiz a faculdade de apreciar livremente as provas carreadas aos autos, constitui direito subjetivo das partes tentar, mediante a produção do conjunto probatório, influenciar na convicção deste, razão pela qual, na esteira de diversos precedentes do STJ, considera-se nula a sentença que decide o processo, com julgamento de mérito, lastreada nos documentos apresentados pela requerente, quando sequer fora providenciada a juntada da contestação nos autos, de modo a proporcionar a primeira recorrente a faculdade de produzir as provas tempestivamente requeridas.

3 - Em sendo anulada a sentença, para que as partes possam apresentar suas razões sem qualquer eiva de nulidade, resta prejudicada a segunda irresignação que visa à modificação meritória do julgado.

4 - Primeiro recurso conhecido e provido, para anular o processo a partir da sentença. Segundo apelo prejudicado.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de apelação cível de nº 24991-28.2005.8.06.0000/0, em que são partes as retro indicadas.

Acordam os membros integrantes desta 2ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, em conhecer do recurso em referência, para dar-lhe provimento, anulando o processo a partir da sentença de origem, nos termos do voto do relator.

RELATÓRIO

Trata-se de agravo de instrumento com pedido de efeito suspensivo interposto por Francisco Pereira Sobrinho e Francineide Maria Nonato em face de decisão proferida pela MMª. Juíza de Direito respondendo pela Vara Única da Comarca de Salitre que, nos autos da ação de reintegração de posse de nº 2010.145.00097-0, deferiu medida liminar reintegratória em favor da promovente, ora recorrida.

A julgadora singular ao despachar o feito, às fls. 45/46 destes autos, concluiu pelo deferimento da liminar perseguida por entender que "são verossímeis e plausíveis, numa primeira análise, os fatos alegados pela Autora, consistentes no injusto esbulho na posse de um bem que foi adquirido através de contrato de compra e venda. Presentes, pois, os requisitos do 'fumus boni iuris' e 'periculum in mora' que sustentam o provimento liminar requerido.".

Inconformados com a decisão monocrática, os requeridos, ora recorrentes, pleitearam, inicialmente, a concessão de efeito suspensivo, a fim de ver suspensa a obrigação de desocupação do imóvel encravado na rua São Francisco, nº 99, Centro, cidade de Salitre, até ulterior decisão deste Tribunal, sob o fundamento de que ingressaram no imóvel desde o ano de 2001, até a presente data, não havendo, portanto, esbulho, sendo, ainda, a posse considerada velha, acostando, em seu prol, os documentos obrigatórios, essenciais e facultativos para o deslinde deste recurso.

No mérito, suplicam que a ação, na origem, tenha, em definitivo, o trâmite regular, sem a necessidade de desocupação do imóvel em questão até decisão final.

Vieram-me, em seguida, conclusos os autos para apreciação da suspensividade perseguida, oportunidade em que deferi a medida pleiteada por considerar presentes os requisitos autorizadores para a concessão da tutela excepcional.

Ato contínuo, requisitei informações à magistrada "a quo", as quais foram prestadas por meio do ofício de nº 278/2010. (fl. 72).

Devidamente intimada para responder ao presente recurso, a agravada quedou-se silente, conforme certidão acostada à fl. 77.

É o breve relatório.

VOTO

Conheço, inicialmente, o recurso apelatório interposto por Adhemar Silvestre Júnior e Eunice Leme Guimarães, porquanto preenchidos os requisitos intrínsecos e extrínsecos de admissibilidade.

Os recorrentes acima indicados interpuseram recurso de apelação visando a anulação da sentença de fls. 161/164, proferida pelo MM. Juiz de Direito da 24ª Vara Cível da Comarca de Fortaleza, nos autos da ação de despejo por falta de pagamento aforada pelo ora recorrido, que julgou procedente o pleito autoral.

Os primeiros apelantes sustentam, preliminarmente, nas razões recursais de fls. 201/212, que o magistrado sentenciante cerceou o direito de defesa na medida em que decidiu a lide, sem sequer determinar a juntada da contestação, ofertada tempestivamente pelos ora recorrentes, circunstância que implicou em cerceamento de defesa, posto que se viram impedidos de produzir as provas oportunamente requeridas.

Passo a examinar a preliminar suscitada.

Compulsando detidamente os presentes fólios, verifico que, mediante a petição de fls. 156/158 o promovente por considerar dispensável a oitiva de testemunha requerida suplicou pelo julgamento antecipado da lide.

Em seguida, de modo surpreendente, consta, às fls. 161/164, sentença de mérito firmando entendimento pela procedência do pedido, para condenar os promovidos a pagar a importância de R$ 24.180,00 (vinte e quatro mil, cento e oitenta reais), além de custas processuais e honorários advocatícios, estes arbitrados em 20% (vinte por cento) sobre o valor da condenação.

No caso dos autos, é patente o cerceamento de defesa, uma vez que, por excesso de trabalho ou negligência, a secretaria da vara não acostou aos presentes fólios a contestação, peça processual indispensável ao direito de defesa de dois dos promovidos.

Ao magistrado sentenciante caberia, por ocasião do julgamento dos embargos interpostos pelos ora apelantes, em homenagem aos princípios da economia processual e da instrumentalidade das formas, acolher os declaratórios para anular a sentença, a qual se encontra entranhada de vício insanável.

Ademais, mesmo que a contestação já estivesse presente nos autos, deveria o magistrado, por medida de prudência, antes de adentrar no mérito da demanda, determinar a produção das provas requeridas pelas partes, notadamente porque, no caso, há indícios de fraude em relação às supostas assinaturas imputadas aos ora apelantes.

Sobre o tema, dispõe o Código dos Ritos:

> Art. 330. O juiz conhecerá diretamente do pedido, proferindo sentença:
> I - quando a questão for unicamente de direito, ou, sendo de direito e de fato, não houver necessidade de produzir prova em audiência.
> II - quando ocorrer a revelia (art. 319 do CPC)
>
> Art. 331. Se não ocorrer qualquer das hipóteses previstas nas seções anteriores, e versar a causa sobre direitos que admitam transação, o juiz designará audiência preliminar, a realizar-se no prazo de trinta dias, para a qual serão intimadas as partes a comparecer, podendo fazer-se representar por procurador ou preposto, com poderes para transigir.
>
> § 2º Se, por qualquer motivo, não for obtida a conciliação, o juiz fixará os pontos controvertidos, decidirá as questões processuais pendentes e determinará as provas a serem produzidas, designando audiência de instrução e julgamento, se necessário.

Na atual concepção doutrinária e jurisprudencial sobre a matéria, o processo tem por finalidade o diálogo entre as partes, envolvendo, sobremodo, a figura do juiz, evitando, a todo custo, surpresas decorrentes de decisões em que somente uma das partes tenha voz e vez na demanda.

Por outro lado, esta relatoria não entende como protelatório o tempestivo requerimento de produção de prova pleiteado pelos promovidos, notadamente porque pretendem, com a dilação, confirmar ou não a veracidade dos fatos alegados pela requerente, bem como a suposta fraude envolvendo suas assinaturas no contrato de aluguel.

Destarte, somente após decidir pelo indeferimento das provas requeridas pelo promovido é que o magistrado sentenciante poderia aplicar o disposto no art. 330 do CPC, após o anúncio do julgamento.

Ademais, cotejando o teor da sentença recorrida, entendo que esta deve ser anulada também pelo fato de que o julgador de planície deveria ter aplicado a norma prevista no § 2º do art. 331 do CPC.

O magistrado sentenciante, ao proceder de forma diversa da prevista em regra processual, ofendeu o princípio do devido processo legal ao cercear o direito de defesa dos promovidos, ora recorrentes.

Neste sentido, colaciono precedentes do Superior Tribunal de Justiça:

> "EMENTA: RECURSO ESPECIAL. ACIDENTE VEÍCULO. AÇÃO INDENIZATÓRIA. JULGAMENTO ANTECIPADO DA LIDE. DISPENSA TESTEMUNHAS. IMPOSSIBILIDADE. DEVIDO

> PROCESSO LEGAL. CERCEAMENTO DE DEFESA. OCORRÊNCIA. PRECLUSÃO. AUSÊNCIA DE INTERESSE DE RECORRER.
> 1. O devido processo legal não se compadece com a preparação de armadilhas para as partes. Assim, ou se conclui pela improcedência da demanda em face do autor não ter se desincumbido de seu ônus probatório, ou se entende pela presença de provas suficientes e se permite ao réu produza as provas que entende necessárias para demonstrar a existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor. O que não é possível é dispensar as provas requeridas pelo réu por se entender desnecessárias e depois se concluir por sua responsabilidade.
> 2. Não há se falar em preclusão se o interesse em recorrer só surge em momento posterior ao ato processual lesivo.
> 3. Recurso especial conhecido e provido." (STJ - 4ª Turma - Rel. Min. Fernando Gonçalves - REsp 1128086/RO - Julgado em 23/03/2010 - publicado/FonteDJe de 06/04/2010LEXSTJ vol. 248 p. 142, RDDP vol. 87, p. 169).
>
> "PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. INDENIZAÇÃO. ERRO MÉDICO. DANO MORAL. CERCEAMENTO DE DEFESA. JULGAMENTO ANTECIPADO DA LIDE. OCORRÊNCIA.
> 1. Não é admissível antecipar o julgamento da lide, indeferindo a produção de prova, para, posteriormente, desprover a pretensão com fundamento na ausência de prova cuja a produção não foi permitida.
> 2. Recurso especial parcialmente provido, para anular o processo, determinando a reabertura da instrução processual, restando prejudicado, por ora, o exame das demais questões suscitadas." (STJ - 4 Turma - Rel. Min. Honildo Amaral de Mello Castro (Desembargador convocado do TJ/AP) Resp 436027/MG - Julgado em 17/09/2009 - Publicado no DJe de 30/09/2010) (sic).

Assim, uma vez comprovado nos autos que o juiz sentenciante decidiu pela condenação da recorrente, sem sequer avisar o indeferimento das provas requestadas, é de se concluir pela caracterização do cerceamento de defesa.

Ademais, o julgamento antecipado da lide, nos termos do art. 330 do CPC, somente é cabível quando a matéria for exclusivamente de direito ou, ainda, quando mesmo em se tratando de matéria de fato, esta se encontre postada de forma que juiz possa avaliar, com convicção, a real dimensão do direito perseguido.

"Mutatis mutandis", na mesma esteira:

> EMENTA: AÇÃO REINTEGRATÓRIA DE POSSE COM PEDIDO DE INDENIZAÇÃO. JULGAMENTO ANTECIPADO DA LIDE. AUSÊNCIA DA NECESSÁRIA INSTRUÇÃO PROBATÓRIA. CERCEAMENTO AO DIREITO DE DEFESA. MATÉRIA DE ORDEM PÚBLICA. ANULAÇÃO DA SENTENÇA. POSSIBILIDADE. AFASTAMENTO DA MULTA DO ARTIGO 538, PARÁGRAFO ÚNICO DO CPC. RECURSO ESPECIAL PARCIALMENTE PROVIDO.
>
> 1. Evidenciada a necessidade de produção de provas requeridas pela ré, a tempo oportuno, constitui cerceamento de defesa o julgamento antecipado da lide, com infração aos princípios constitucionais do contraditório, ampla defesa e devido processo legal.
>
> 2. No caso concreto, foi reconhecido pelo Tribunal Estadual que o julgamento antecipado importou em supressão de provas necessárias à comprovação de fatos controvertidos, pertinentes e relevantes, e a respeito dos quais não existe nos autos prova suficiente à formação de séria convicção.
>
> 3. Recurso especial parcialmente provido apenas para afastar a multa do artigo 538, parágrafo único do CPC. (STJ - 4ª Turma - Rel. Min. Luis Felipe Salomão - Resp 661009/ES - Julgado em 19/10/2010 - Publicado no DJe de 26/10/2010).

Por outro lado, não se desconhece que o magistrado, por conta do princípio do livre convencimento, pode examinar o pedido de plano quando entender suficiente o conjunto probatório posto a sua disposição, hipótese em que deverá indeferir as provas que adjetivar como impertinentes ou protelatórias, oportunidade em que, para evitar surpresa, anunciará o julgamento antecipado da lide.

Quanto ao recurso apelatório de fls. 181/194 interposto por Correta Hotéis e Turismo Ltda., tenho por prejudicado, uma vez que, em prevalecendo o entendimento firmado por esta relatoria, o julgado recorrido restará anulado, de modo que não haverá qualquer prejuízo à recorrente, razão pela qual caracterizada a ausência de interesse recursal.

Diante de todo o exposto, conheço o primeiro apelo, posto que presentes os requisitos de admissibilidade, para anular a sentença e demais atos processuais posteriores, determinando, por conseguinte, o retorno dos autos ao juízo de primeiro grau, a fim de que seja procedida nova instrução. Segundo recurso prejudicado em função da perda superveniente de interesse recursal.

É como voto, Senhor Presidente.

Fortaleza, 01 de junho de 2011.

PROCESSOS Nº 27453-16.2009.8.06.0000/0 (2009.0034.1410-2/0)
TIPO DE RECURSO: APELAÇÃO CÍVEL
TIPO DE AÇÃO: AÇÃO DE REPARAÇÃO DE DANOS MORAIS.
JUÍZO DE ORIGEM: VARA ÚNICA DA COMARCA DE BANABUIÚ/CE
PARTES:
APELANTE: COMPANHIA ENERGÉTICA DO CEARÁ - COELCE
APELADA: IRACEMA GONÇALVES MACHADO.
RELATOR: DESEMBARGADOR FRANCISCO SALES NETO.
ÓRGÃO JULGADOR: PRIMEIRA CÂMARA CÍVEL.

EMENTA: PROCESSUAL CIVIL E CONSUMIDOR. APELAÇÃO CÍVEL EM SEDE DE AÇÃO DE REPARAÇÃO POR DANOS MORAIS. INSCRIÇÃO INDEVIDA EM CADASTRO DE INADIMPLENTES. DANO MORAL *IN RE IPSA*. *QUANTUM* INDENIZATÓRIO (R$ 3.000,00 - TRÊS MIL REAIS) ARBITRADO MODERADAMENTE. PRECEDENTES DO STJ. RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO. SENTENÇA MANTIDA.

I. Em seu inconformismo, defendeu a concessionária apelante a legalidade da dívida que ensejou o encaminhamento dos dados da apelada ao cadastro de inadimplentes (SPC/SERASA), sob a alegação de que a mesma, ao desocupar o imóvel localizado à Vila Beira do Rio, não teria requerido o cancelamento definitivo do fornecimento de energia elétrica.

II. Quanto à questão suscitada pelo insurgente, aplicável o instituto da inversão do ônus da prova, previsto no artigo 6º, VIII, do Código de Defesa do Consumidor, de modo que, à concessionária apelante, por ser a detentora de todos os documentos e registros referentes a possíveis alterações cadastrais referentes à unidade da recorrida, caberia o ônus de provar que a apelada efetivamente deixou de solicitar o cancelamento definitivo do fornecimento de energia elétrica, o que, *in casu,* inocorreu.

III. Com efeito, tem-se como inconteste a responsabilidade civil da concessionária recorrente, por restar comprovado que ela foi a única causadora do infortúnio sofrido pela apelada em decorrência da sua injusta inscrição no cadastro de inadimplentes (SPC/SERASA) e porque segundo orienta a melhor doutrina e jurisprudência pátria, a comprovação do dano, em hipóteses como a ora em tablado, é desnecessária, pois ocorre *in re ipsa*, ou seja, decorre da própria gravidade

do fato ofensivo, de tal modo que, comprovada a lesão ao bem jurídico, está caracterizado o dano moral. Precedentes do STJ. (STJ; AgRg no REsp 1142947/AL; TERCEIRA TURMA; Relator(a): Ministra NANCY ANDRIGHI; julgado em 07/10/2010; DJe 21/10/2010). (STJ; AgRg no Ag 1222004/SP; QUARTA TURMA; Relator(a): Ministro ALDIR PASSARINHO JUNIOR; julgado em 20/05/2010; DJe 16/06/2010).

IV. Por fim, o *quantum* indenizatório arbitrado na instância singular, qual seja, R$ 3.000,00 (três mil reais), não se apresenta excessivo, porque, o Superior Tribunal de Justiça,"em casos de inscrição indevida em órgão de proteção ao crédito, tem fixado a indenização por danos morais em valor equivalente a até cinquenta salários mínimos." (STJ; AgRg no Ag 1298388/MT; Relator(a): Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO; QUARTA TURMA; julgado em 24/08/2010; DJe 01/09/2010). Com efeito, em sendo o montante fixado pela judicante planicial inferior àquele que entende a Corte Superior de Justiça como o limite do razoável, não há de se falar na espécie ora em destrame em mácula do *decisum* primevo aos preceitos norteadores da razoabilidade e da proporcionalidade.

V. RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO. SENTENÇA MANTIDA.

ACÓRDÃO

Vistos, discutidos e relatados os presentes autos de APELAÇÃO CÍVEL Nº 27453-16.2009.8.06.0000/0 em que são partes as pessoas acima indicadas, acorda a Primeira Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, em julgamento de Turma, por unanimidade, em conhecer do recurso apelatório para, no entanto, NEGAR-LHE PROVIMENTO**,** tudo nos termos do voto do Relator.

Fortaleza, 31 de janeiro de 2011.

RELATÓRIO

Cuidam os presentes autos de APELAÇÃO CÍVEL interposta pela COMPANHIA ENERGÉTICA DO CEARÁ - COELCE, objetivando a reforma do decisório prolatado pelo douto Juízo da Vara Única da Comarca de Banabuiú/CE, que, em sede de AÇÃO DE REPARAÇÃO POR DANOS MORAIS, julgou procedente o pleito formulado por IRACEMA GONÇALVES MACHADO na peça vestibular, para

"condenar a promovida a pagar ao reclamante a quantia de R$ 3.000,00 (três mil reais), a título de danos morais...".

Em seu provimento sentencial (fls. 75/78), a judicante *a quo* fundou seu posicionamento com base nos seguintes fundamentos:

> "No aspecto meritório, a Reclamada solicita a improcedência do pedido sob a alegativa de que a Autora se encontra com o nome negativado em órgão de proteção ao crédito em decorrência da ausência do pagamento de algumas faturas relativas à unidade consumidora n. 1707370-8, já que não havia sido solicitado o seu cancelamento.
> É indubitável o fato de que a parte autora possuía referida unidade consumidora, que se localizada nas imediações do Açude de Banabuiú e era utilizado como um local de alimentação (fls. 13/15), como também houve a existência de período chuvoso em janeiro de 2004, sendo que todos os estabelecimentos daquele local foram destruídos (fl. 11).
> A autora alega que solicitou o cancelamento da referida unidade, o que seria mais lógico, já que a unidade havia desaparecido, e pela aplicação da presunção *hominis* contida no art. 212, IV, do CCB, é mais lógico qualquer cidadão médio ou comum ter realizado tal providência, qual seja, o requerimento do cancelamento. E mais, pelo princípio da inversão do ônus da prova presente no art. 6º, do CDC, a Promovida não comprovou a inexistência da solicitação; não mais sendo cabível ao ver deste juízo a cobrança das faturas de fls. 13/15.
> […]
> Dessa forma, bem ou mal, foi a empresa-reclamada que deu causa aos danos indicados pelo Postulante, pois não usou da cautela necessária para evitar a indevida negativação, pois deveria ter bem organizado os seus serviços, fiscalizando o seu setor de cobrança e pagamento, para evitar fatos danosos desta natureza.".

Inconformada, a COMPANHIA ENERGÉTICA DO CEARÁ - COELCE apresentou o recurso apelatório de fls. 85/93, no qual pugna pela reforma *in totum* do decisório monocrático, sob o argumento de que a inscrição da apelada no cadastro de proteção ao crédito (SERASA/SPC) é legal, porque: 1) ao sair do imóvel localizado à Vila Beira do Rio, no qual mantinha um contrato de fornecimento UC 1707370-8, não pediu a recorrida/promovente o cancelamento definitivo do fornecimento de energia elétrica; e 2) porque "ficou constatado que a apelada era devedora contumaz de várias faturas, entre elas, a dos meses de fevereiro, março e abril de 2004, que totalizam a quantia de R$ 58,84 (cinquenta e oito reais e oitenta e quatro centavos).".

Contrarrazões às fls. 106/108 dos autos.

Nesta Instância, não foram os autos encaminhados à douta Procuradoria Geral de Justiça, em virtude da matéria em testilha não englobar o necessário interesse público.

É o breve relato.

VOTO

1. ADMISSIBILIDADE.

Conheço do RECURSO APELATÓRIO manejado, posto que presentes os pressupostos de admissibilidade, quais sejam: cabimento, legitimidade recursal, interesse recursal, tempestividade, regularidade formal e inexistência de fato impeditivo ou extintivo do poder de recorrer.

2. FUNDAMENTOS.

Conforme relatado alhures, defendeu a concessionária apelante, em seu inconformismo, a legalidade da dívida que ensejou o encaminhamento dos dados da Sra. Iracema Gonçalves Machado ao cadastro de inadimplentes (SPC/SERASA), sob a alegação de que a apelada, ao desocupar o imóvel localizado à Vila Beira do Rio, não teria requerido o cancelamento definitivo do fornecimento de energia elétrica.

Quanto à questão suscitada pelo insurgente, tenho que deve ser aplicada à hipótese em destrame o instituto da inversão do ônus da prova, previsto no artigo 6º do Código de Defesa do Consumidor, de modo que, à Coelce caberia o ônus de provar que a apelada efetivamente deixou de solicitar o cancelamento definitivo do fornecimento de energia elétrica.

Isto porque, considerando que estes requerimentos são, ou deveriam ser, reduzidos a termo e arquivados pela aludida concessionária, certo que a apelante é quem detém todos os documentos e registros referentes a possíveis alterações cadastrais referentes à unidade da recorrida, e, nestas condições, inarredável o entendimento de que competia à mesma o ônus de provar que a apelada deixou de pleitear a alteração cadastral necessária.

Com supedâneo nestas considerações, repilo a assertiva da apelante, visto que a mesma não carreou aos presentes autos qualquer documento capaz de caracterizar um fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito da apelada/promovente (art. 333, inciso II, Código de Processo Civil).

D'outra banda, a documentação constante nos autos em vertente prova que os acontecimentos narrados na exordial condizem com a realidade, ou seja, de que houve a abertura das comportas do Açude Público Arrojado Lisboa no dia em que a recorrida afirma ter tido o seu imóvel destruído pela força das águas (fl. 11) e de que a concessionária apelante solicitou a inscrição de nome da apelada no cadastro na listagem desabonadora (fl. 12), conquanto não mais existisse o estabelecimento comercial da recorrida, e, consequentemente, consumo de energia elétrica a ser cobrado.

Tal linha de raciocínio, como bem pontificou a douta judicante singular, se apresenta a mais coerente, pois, em tendo o estabelecimento da recorrida sido destruído,

o mais lógico seria que a mesma tenha, em verdade, solicitado o cancelamento da referida unidade junto à concessionária recorrente.

Outrossim, consigno que não ficou devidamente comprovado nos autos que a apelada era devedora contumaz, de modo a justificar a sua inscrição junto ao SERASA/SPC por alguma outra dívida junto à recorrente.

Portanto, *in casu*, tenho como inconteste a responsabilidade civil da recorrente, por ser a única causadora do infortúnio sofrido pela apelada em decorrência da sua injusta inscrição no cadastro de inadimplentes (SPC/SERASA).

Ademais, saliento que, consoante já pacificou a melhor doutrina e jurisprudência pátria, a mera inscrição indevida nos cadastros restritivos de crédito é suficiente para a configuração dos danos morais, pois ocorre *in re ipsa*, ou seja, decorre da própria gravidade do fato ofensivo, de tal modo que, comprovada a lesão ao bem jurídico, está caracterizado o dano moral.

Nesses termos, trago a lume o seguinte escólio doutrinário, de autoria do insigne mestre doutrinador Sérgio Cavalieri, em sua obra "Programa de responsabilidade civil", 6ª edição. Rio de Janeiro: Malheiros, 2005, p. 108, *in verbis:*

> 19.4.3 A prova do dano moral
> [...]
> Neste ponto a razão se coloca ao lado daqueles que entendem que o dano moral está ínsito na própria ofensa, decorre da gravidade do ilícito em si. Se a ofensa é grave e de repercussão, por si só justifica a concessão de uma satisfação de ordem pecuniária o lesado. Em outras palavras, o dano moral existe *in re ipsa*; deriva inexoravelmente do próprio fato ofensivo, de tal modo que, provada a ofensa, *ipso facto* está demonstrado o dano moral à guisa de uma presunção natural, uma presunção *hominis* ou *facti*, que decorre das regras da experiência comum. (CAVALIERI FILHO, Sérgio. Programa de responsabilidade civil, 6ª edição. Rio de Janeiro: Malheiros, 2005, p. 108).

Nesse diapasão, colho ainda os seguintes arestos, originários da Corte Superior de Justiça, *in litteris*:

> AGRAVO NO RECURSO ESPECIAL. REEXAME DE FATOS E PROVAS. INADMISSIBILIDADE. INSCRIÇÃO INDEVIDA EM CADASTRO DE INADIMPLENTES. DANO MORAL *IN RE IPSA*. 1. É inadmissível o reexame de fatos e provas em recurso especial. 2. A inscrição indevida nos cadastros restritivos de crédito é suficiente para a configuração dos danos morais. 3. Agravo no recurso especial não provido. (STJ; AgRg no REsp 1142947/AL; TERCEIRA TURMA; Relator(a): Ministra NANCY ANDRIGHI; julgado em 07/10/2010; DJe 21/10/2010).

> AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. INDENIZAÇÃO CIVIL. DANOS MORAIS. INSCRIÇÃO INDEVIDA EM CADASTRO DE INADIMPLENTES. COMPROVAÇÃO. DESNECESSIDADE. DANO *IN RE IPSA*. VALOR ARBITRADO MODERADAMENTE. AGRAVO IMPROVIDO. I. A jurisprudência do STJ é uníssona no sentido de que a inscrição indevida em cadastro restritivo gera dano moral *in re ipsa*, sendo despicienda, pois, a prova de sua ocorrência. II. O valor arbitrado a título de reparação de danos morais está sujeito ao controle do Superior Tribunal de Justiça, desde que seja irrisório ou exagerado, o que não ocorre no presente caso. III. Agravo improvido. (STJ; AgRg no Ag 1222004/SP; QUARTA TURMA; Relator(a): Ministro ALDIR PASSARINHO JUNIOR; julgado em 20/05/2010; DJe 16/06/2010).

Destarte, a meu sentir, carece de elementos fáticos e jurídicos os argumentos da recorrente de que inexistem nos autos provas capazes de demonstrar o caráter ilícito da conduta combatida pela exordial e de inocorrência de dano moral indenizável.

Ad argumentanum tantum, cumpre registrar que o *quantum debeatur* arbitrado na instância singular, qual seja, R$ 3.000,00 (três mil reais), não me apresenta excessivo, máxime porque, o Superior Tribunal de Justiça,"em casos de inscrição indevida em órgão de proteção ao crédito, tem fixado a indenização por danos morais em valor equivalente a até cinquenta salários mínimos." (STJ; AgRg no Ag 1298388/MT; Relator(a): Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO; QUARTA TURMA; julgado em 24/08/2010; DJe 01/09/2010).

Seguem os demais julgados que norteiam o entendimento ora esposado:

> AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO DE INSTRUMENTO. RESPONSABILIDADE CIVIL. INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. INSCRIÇÃO EM CADASTRO DE INADIMPLENTES INDEVIDA. VALOR INDENIZATÓRIO MANTIDO. RECURSO A QUE SE NEGA PROVIMENTO.
>
> 1. A concessionária responde pela inscrição indevida do nome da autora em cadastros de inadimplentes, motivada pela falta de pagamento de faturas relativas ao serviço de fornecimento de energia elétrica por ela não contratado; independentemente do fato de a instalação da unidade consumidora do serviço ter sido solicitada por terceiro de má-fé. Precedente.
>
> 2. Esta Corte, em casos de inscrição indevida em órgão de proteção ao crédito, tem fixado a indenização por danos morais em valor equivalente a até cinqüenta salários mínimos. Precedentes. Agravo Regimental a que se nega provimento. (STJ; AgRg no Ag 1298388/MT; QUARTA TURMA; Relator(a): Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO; julgado em 24/08/2010, DJe 01/09/2010).

> EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. AGRAVO REGIMENTAL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. INDENIZAÇÃO CIVIL. DANOS MORAIS. INSCRIÇÃO INDEVIDA EM CADASTRO DE INADIMPLENTES. VALOR ARBITRADO MODERADAMENTE. AGRAVO IMPROVIDO.
> 1. Esta Corte, em casos de inscrição indevida em órgão de proteção ao crédito, tem fixado a indenização por danos morais em valor equivalente a até cinqüenta salários mínimos 2. O valor arbitrado a título de reparação de danos morais está sujeito ao controle do Superior Tribunal de Justiça, desde que seja irrisório ou exagerado, o que não ocorre no presente caso em que fixado em R$ 5.000,00. 3. EMBARGOS DECLARATÓRIOS ACOLHIDOS PARA DAR PROVIMENTO AO AGRAVO REGIMENTAL E NEGAR PROVIMENTO AO AGRAVO DE INSTRUMENTO. (STJ; AgRg nos EDcl no AgRg no Ag 754.518/RJ, Rel. Ministro PAULO DE TARSO SANSEVERINO, TERCEIRA TURMA, julgado em 14/09/2010, DJe 22/09/2010)
>
> AGRAVO REGIMENTAL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO. DANO MORAL. INSCRIÇÃO INDEVIDA EM ÓRGÃO DE PROTEÇÃO AO CRÉDITO. QUANTUM INDENIZATÓRIO. PRECEDENTES.
> 1. Esta Corte, em casos de inscrição indevida em órgão de proteção ao crédito, tem fixado a indenização por danos morais em valor equivalente a até cinqüenta salários mínimos. Precedentes. 2. AGRAVO REGIMENTAL PARCIALMENTE PROVIDO. (STJ; AgRg no Ag 872.469/SP; QUARTA TURMA; Relator(a): Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO; julgado em 04/05/2010; DJe 17/05/2010).

Com efeito, em sendo a quantia fixada pelo judicante planicial (R$ 3.00,00 - três mil reais) inferior àquela que entende a Corte Superior de Justiça como o limite do razoável (cinquenta salários mínimos), não há de se falar na espécie em mácula do *decisum* primevo aos preceitos norteadores da razoabilidade e da proporcionalidade.

DISPOSITIVO

Ao impulso dessas considerações, conheço do RECURSO APELATÓRIO manejado pela COMPANHIA ENERGÉTICA DO CEARÁ – COELCE, para, no entanto, NEGAR-LHE PROVIMENTO, por encontrar-se o provimento jurisdicional vergastado em estrita consonância com a jurisprudência e doutrina pátrias.

É como voto.

Fortaleza, 31 de janeiro de 2011

APELAÇÃO Nº 321-34.2005.8.06.0061/1
APELANTE: FRANCISCO SIDNEY BRITO
APELADO: FRANCISCO MESQUITA AZEVEDO
RELATOR: DES. PAULO FRANCISCO BANHOS PONTE

EMENTA: APELAÇÃO. DIREITO CIVIL. CONTRATO DE LOCAÇÃO. AÇÃO DE DESPEJO. EMBARGOS DE RETENÇÃO POR BENFEITORIAS. IMPOSSIBILIDADE. NECESSIDADE DE DISCUSSÃO EM SEDE DO PROCESSO DE CONHECIMENTO. CERCEAMENTO DO DIREITO DE DEFESA. IMPROCEDÊNCIA. MATÉRIA DE DIREITO.

1. O momento para discussão de eventual restituição de valores decorrentes de benfeitorias realizadas em imóvel locado é na ação de conhecimento, *in casu*, ação de despejo.

2. A jurisprudência dominante já firmou entendimento de que, no caso de ação de despejo, o direito de retenção, na forma disposta no art. 35 da Lei nº. 8.245/91 (Lei do Inquilinato), somente pode ser alegado na contestação, para que possa ser reconhecido na sentença, caso realmente esteja configurado. Cabia ao locatário, quando da sua defesa, alegar o direito de retenção, pleiteando o pagamento do montante que entende devido. E, se procedente seus argumentos, caberia ao magistrado a quo condicionar a entrega do imóvel ao pagamento das benfeitorias realizadas.

3. Não caracteriza cerceamento de defesa a rejeição liminar dos embargos de retenção quando demonstrada a sua impossibilidade, posto que inoportuna a discussão acerca do direito de retenção após o decurso de toda a ação cognitiva (art. 739, II do CPC).

4. Apelação cível conhecida e improvida.

ACÓRDÃO

Acordam os integrantes da Primeira Câmara Cível, por julgamento de Turma, unanimemente, em conhecer o Recurso de Apelação, mas para negar-lhe provimento, mantendo a decisão de primeiro grau em todos os seus termos, de acordo com o voto do Relator.

RELATÓRIO

Cuidam-se os presentes autos de Recurso de Apelação, em face da sentença prolatada pelo Juiz de Direito da Comarca de Carnaubal/Ce, nos autos dos Embargos de Retenção, registrado sob o nº 2005.0001.0285-9, protocolado por FRANCISCO SIDNEY BRITO contra FRANCISCO MESQUITA AZEVEDO.

Como dito, foram propostos Embargos de Retenção por Benfeitorias alegando o embargante, ora apelante, que "executou várias benfeitorias necessárias, úteis e voluptuárias, que mudou em completo o estado anterior do imóvel em questão. Para realização de tais benfeitorias o Embargante despendeu enorme quantia, correspondente à R$26.200,00 (vinte e seis mil e duzentos reais), devendo ser indenizado por tais, para se coibir, mais uma vez, o locupletamento ilícito do Embargado com a valorização do imóvel". Ao final, tenciona, em suma, "seja o embargado condenado a indenizar o Embargante pelas benfeitorias realizadas, (…) reconhecendo o direito de retenção da posse do imóvel, até que seja satisfeito o ressarcimento integral".

Sentença de extinção do feito, sem a apreciação do mérito, às fls. 26/28, em que decidido pelo magistrado *a quo* que "em se tratando de título executivo judicial, o embargante somente poderia invocar uma das alegações relacionadas no art. 741, do CPC. (…) Ora, na ação de despejo não há a 'actio judicati', mas fase executória 'aequitatis causa', ou seja, cuida-se de ação executória 'lato sensu', onde a eficácia executiva é contemporânea à sentença, sem que sua execução dependa de ação de execução". Aduz, ainda, que "o direito de retenção e de indenização pelas benfeitorias alegadas foi exaustivamente apreciado por este juízo na sentença, ora embargada, em que se concluiu pelo seu não reconhecimento".

Apelação às fls. 32/42, em que o recorrente, em síntese, reitera os argumentos formulados na inicial, bem como alega a impossibilidade de julgamento antecipado da causa e cerceamento do seu direito de defesa. E ao final, tenciona, a reforma da r. sentença vergastada e o prosseguimento do feito.

Os autos foram remetidos a este egrégio Tribunal de Justiça e encaminhados à douta Procuradoria de Justiça, que, às fls. 81/84, manifestou-se pela inexistência de interesse público que justifique a intervenção do Ministério Público.

Assim, vieram-me os autos conclusos, ante nova redistribuição.

É o relatório. Ao douto revisor.

Peço dia para julgamento.

VOTO

Presentes os requisitos de admissibilidade, conheço do presente Recurso de Apelação.

O cerne da questão controvertida versa sobre a possibilidade ou não de propositura de embargos de retenção no caso em que em contrato de locação o locatário entende ser direito seu a retenção do bem imóvel enquanto não forem pagas as quantias despendidas com melhorias ao referido imóvel.

Como relatado, em suma, alega o apelante, com fundamento no art. 35, da Lei 8.245/91, e da antiga redação do art. 744, do CPC, a possibilidade de impugnação da execução da Ação de Despejo por meio de embargos de retenção, em qualquer momento.

Contudo, de antemão, consigno que referida tese não merece acolhida, devendo ser confirmada a r. sentença monocrática, ante a clara impossibilidade jurídica do pedido formulado, nos exatos termos da doutrina e jurisprudência mais acertada.

Como dito, a jurisprudência dominante já firmou entendimento de que, no caso de ação de despejo, o direito de retenção, na forma disposta no art. 35 da Lei nº.

8.245/91 (Lei do Inquilinato), somente pode ser alegado na contestação, para que possa ser reconhecido na sentença, caso realmente esteja configurado.

Assim, mostra-se escorreita a sentença *a quo* em que firmado o entendimento de que em razão da natureza executiva da sentença de mérito que decreta o despejo de locatário, nenhuma discussão quanto ao mérito pode ser alegada pelo executado em momento posterior, ou seja, resta dispensado o ajuizamento de ação de execução própria, cabendo ao locador somente requerer a expedição de mandado judicial de despejo após o transcurso do prazo fixado em sentença.

In casu, tenho que o julgamento da ação de despejo não se restringe na condenação do possuidor à devolução do bem imóvel, mas também define, de pronto, nos termos do art. 63 da Lei do Inquilinato, o prazo para desocupação do imóvel, sem que haja necessidade de futura execução do julgado. Assim determina o r. artigo, *in litteris*:

> Art. 63. Julgada procedente a ação de despejo, o juiz determinará a expedição de mandado de despejo, que conterá o prazo de 30 (trinta) dias para a desocupação voluntária, ressalvado o disposto nos parágrafos seguintes.

Nesses termos, não há espaço para propositura de embargos à execução, ou seja, toda matéria de defesa deve ser arguida na ação cognitiva, quando da contestação, dentro da fase postulatória da causa, sob pena de preclusão, nos termos art. 473, do CPC. É claro, existem matérias passíveis de serem alegadas e abordadas por meio de embargos, dado passíveis de causar gravame ao executado, como a falta ou nulidade de citação na ação de despejo, inexigibilidade do título, ilegitimidade das partes, excesso ou cumulação de execução, causas impeditivas, modificativas ou extintivas, dentre outras.

Assim, cabia ao locatário, quando da sua defesa, alegar o direito de retenção, pleiteando o pagamento do montante que entende devido. E, se procedente seus argumentos, caberia ao magistrado *a quo* condicionar a entrega do imóvel ao pagamento das benfeitorias realizadas.

Sobre o tema, assim vem se manifestando a doutrina:

> "Como não há embargos nessas execuções, o direito de retenção que acaso beneficie o devedor haverá de ser postulado na contestação, sob pena de decair de seu exercício. Nas ações de despejo e de reintegração de posse, embora haja sentença que condene à entrega da coisa certa (prestação de dar ou de restituir), a execução de seus decisórios não segue o procedimento comum dos arts. 621 e segs. É que essas ações, além de condenatórias, são ''preponderantemente executivas'', no dizer de Pontes de Miranda, de maneira que já tendem à execução de suas sentenças independentemente do processo próprio da execução forçada. Assim, no despejo, o locatário, após a sentença de procedência, será simplesmente notificado a desocupar o prédio e, findo o prazo da notificação, será de logo expedido o mandado ''de evacuando'', sem sequer haver oportunidade para embargos do executado. Da mesma forma, na reintegração de posse a execução da sentença faz-

> se por simples mandado e não comporta embargos do executado. Trata-se, como já ficou dito, de ações executivas *lato sensu*, de modo que ‘’sua execução é sua força, e não só efeito da sentença condenatória. Como não há embargos nessas execuções, o direito de retenção que acaso beneficie o devedor haverá de ser postulado na contestação, sob pena de decair de seu exercício.” (Humberto Theodoro Júnior. Processo de Execução, 3ª ed. São Paulo: Leud, p. 220-221).”
>
> Na atualidade, o exercício do direito de retenção em ações de cunho condenatório, como o são as executivas *lato sensu* – entre as quais as ações de despejo –, faz-se em contestação. (…) Desse modo, em sede de impugnação ao cumprimento da sentença de despejo não cabe arguir retenção por benfeitorias, cujo direito – insista-se – já deve ter sido exercido em contestação ou exceção. (RESTIFE NETO, Paulo. Locação: Questões Processuais e Substanciais. 5ª ed. Editora Malheiros, 2009. p. 111).

No caso em comento, verifica-se que a retenção do imóvel, em virtude da realização de benfeitorias, foi sim alegada em sede de contestação da ação de despejo, sendo devidamente apreciada pelo magistrado de primeiro grau, que entendeu pela inexistência do direito à retenção (fl. 27).

Não é outro o entendimento desta e. Corte de Justiça e do Superior Tribunal de Justiça, senão vejamos:

> PROCESSUAL CIVIL. APELAÇÃO CÍVEL EM EMBARGOS DE RETENÇÃO. EXECUÇÃO DA AÇÃO DE DESPEJO. DIREITO À INDENIZAÇÃO OU DE RETENÇÃO POR BENFEITORIAS SUPOSTAMENTE REALIZADAS EM IMÓVEL LOCADO. LEI Nº. 8.245/91, ART. 35. MOMENTO OPORTUNO. CONTESTAÇÃO. PLEITO REQUERIDO EM MOMENTO POSTERIOR. IMPOSSIBILIDADE. PRECLUSÃO. CPC, ART. 473. INAPLICABILIDADE DO ENTÃO VIGENTE ART. 744 DO CPC. SENTENÇA CONFIRMADA. 1. De acordo com o entendimento firmado pela jurisprudência dominante, no caso de ação de despejo, o direito de retenção, delimitado no art. 35 da Lei nº. 8.245/91, somente pode ser alegado na contestação, para que possa ser reconhecido na sentença, caso realmente esteja configurado. 2. Se o locatário não pugnou, em sede de contestação, pela retenção do imóvel locado em razão de benfeitorias supostamente realizadas, tem-se como precluso o direito de formular tal alegação, não mais dispondo de outra oportunidade para argüir essa questão. Precedentes do Eg. Superior Tribunal de Justiça. 3. A previsão de oposição de embargos constante no então vigente art. 744 do Código de Processo Civil se referia unicamente à execução de sentença para entrega de coisa certa, sendo inaplicável às hipóteses de execução da sentença proferida em ação de despejo, regida

> por legislação especial. 4. Apelação Cível conhecida e improvida. (TJ/CE, Apelação nº 443554-78.2000.8.06.0000/0, 1ª Câmara Cível, Relator: RAÚL ARAÚJO FILHO, Data de registro: 28/01/2010)
>
> PROCESSUAL CIVIL. LOCAÇÃO. EXECUÇÃO DA AÇÃO DE DESPEJO. EMBARGOS DE RETENÇÃO. DIREITO À INDENIZAÇÃO OU DE RETENÇÃO DE BENFEITORIAS. MOMENTO OPORTUNO. CONTESTAÇÃO. REEXAME DE MATÉRIA FÁTICO-PROBATÓRIA. INVIABILIDADE. SÚMULA 07/STJ. ALÍNEA "C". AUSÊNCIA DO COTEJO ANALÍTICO. INEXISTÊNCIA DE SIMILITUDE FÁTICA. ART. 255/RISTJ. RECURSO DESPROVIDO. I - Esta Eg. Corte possui entendimento no sentido de que, em se tratando de ação de despejo, o exercício do direito de retenção - art. 35, da Lei n.º 8.245/91, deve ser exercido por ocasião da contestação. Assim, em razão da preclusão, não há se falar na possibilidade de oposição de embargos de retenção por benfeitorias quando da execução da ação de despejo. II - É inviável, em sede de recurso especial o reexame de matéria fático-probatória, tendo em vista o óbice contido no verbete Sumular n.º 07/STJ: "A pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial." III - A admissão do Especial com base na alínea "c" impõe o confronto analítico entre os acórdãos paradigma e hostilizado, a fim de evidenciar a similitude fática e jurídica posta em debate, conforme disposto no art. 255 e parágrafos do RISTJ. IV - Agravo interno desprovido. (AgRg no REsp 685.103/MT, Rel. Ministro GILSON DIPP, QUINTA TURMA, julgado em 20/09/2005, DJ 10/10/2005, p. 421)

Acertada, como vemos, a decisão tomada pelo magistrado de primeiro grau que rejeitou liminarmente os embargos de retenção, com fundamento no antigo art. 739, II do CPC, que previa que "O juiz rejeitará liminarmente os embargos: (…) II – quando não se fundarem em algum dos fatos mencionados no art. 741". Na atual redação do CPC, remanesce correta a fundamentação no art. 739, II do CPC, em vista da inépcia da inicial, ante a impossibilidade do pedido formulado, posto que inoportuna a aferição de eventual direito à restituição de valores despendidos em benfeitorias após o trâmite de toda a ação de conhecimento.

Nesses termos, tenho que quanto ao alegado cerceamento de defesa em vista da rejeição liminar dos embargos de retenção, entendo improcedentes, mais uma vez, os argumentos trazidos pelo apelante, posto que referido julgamento encontra-se plenamente fundamentado na atual redação dos citados arts. 739, II e 295, I do CPC.

ISSO POSTO, ante os fundamentos acima expendidos, e em consonância com a jurisprudência invocada, conheço a presente Apelação Cível, mas para negar-lhe provimento, a fim de confirmar os termos da r. sentença impugnada.

É como voto.

Fortaleza, 8 de agosto de 2011.

PROCESSO Nº 36769-55.2006.8.06.0001/1
CLASSE: APELAÇÃO CÍVEL.
PARTES:
APELANTE: V.A.R.
APELADO: M.P.C
RELATOR: DESEMBARGADOR FRANCISCO SALES NETO.
ÓRGÃO JULGADOR: PRIMEIRA CÂMARA CÍVEL.

EMENTA: DIREITO DE FAMÍLIA. APELAÇÃO CÍVEL EM SEDE DE AÇÃO DE MODIFICAÇÃO DE CLÁUSULA CONTRATUAL. APELANTE QUE ALMEJA RETORNAR AO SEU ANTIGO NOME DE CASADA, MEDIANTE ALTERAÇÃO DE DISPOSITIVO CONSTANTE EM ACORDO FIRMADO NOS AUTOS DE AÇÃO DE SEPARAÇÃO JUDICIAL. EXISTÊNCIA DE PRÉVIA OPÇÃO PELO USO DO NOME DE SOLTEIRA. IMPOSSIBILIDADE DE CONCESSÃO DO PLEITO RECURSAL, EM VIRTUDE DO DISPOSTO NOS ARTS. 17, §2º, E 18º, *CAPUT*, DA LEI Nº 6.515/77. RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO.

I. A controvérsia conduzida à apreciação desta eg. Corte de Justiça gravita acerca da possibilidade de a ora apelante, através da vertente *actio*, voltar a utilizar o seu antigo nome de casada, não obstante tenha optado, em sede de ação de separação judicial, pelo uso do seu nome de solteira.

II. Consoante estatui a Lei nº 6.515/77, que regula os casos de dissolução da sociedade conjugal, vencida na ação de separação judicial, voltará a mulher a usar o nome de solteira, e, nos demais casos, caberá à esta a opção pela conservação do nome de casada. Ademais, o referido diploma legal estabelece que, em sendo vencedora na ação de separação judicial, poderá a mulher renunciar, a qualquer tempo, o direito de usar o nome do ex-marido (arts. 17, §2º, e 18, *caput*).

III. Dessarte, em tendo a norma silenciado acerca da possibilidade de o cônjuge virago retornar a usar o nome do ex-marido, e, sendo certo que a recorrente renunciou, expressamente, nos autos da ação de separação judicial, ao direito de continuar usando o sobrenome do apelado, dessume-

se que não merece guarida o pleito recursal, em obediência ao princípio da imutabilidade dos nomes, bem como porque os motivos apresentados pela insurgente para justificar o seu intento não se mostram relevantes para a aspirada alteração.
IV. RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO. SENTENÇA MANTIDA.

ACÓRDÃO

Vistos, discutidos e relatados os presentes autos de Apelação Cível nº 36769-55.2006.8.06.0001/1, em que são partes as pessoas acima indicadas, acorda a Primeira Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, em julgamento de Turma, por unanimidade, em conhecer do vertente recurso voluntário, para, contudo, negar-lhe provimento, nos termos do voto do Relator.

Fortaleza, 20 de junho de 2011.

RELATÓRIO

Cuida a vertente espécie de Apelação Cível, manejada por V.A.R, adversando provimento jurisdicional da lavra da MM. Juíza de Direito da 6ª Vara de Família da Comarca de Fortaleza/CE, que, em sede de Ação de Modificação de Cláusula de Acordo, julgou improcedente a pretensão autoral, com supedâneo nos seguintes fundamentos (fl. 26), *verbis*:

> "A Lei do Divórcio deixou expressa a possibilidade da mulher optar, na separação consensual, pela conservação do nome do marido (art. 17 §2º).
> Essa opção só é admissível uma vez (quando da oportunidade da separação).
> Uma vez feita, não é lícito à mulher mudar novamente de nome.
> Da mesma forma, na hipótese prevista no art. 18, não lhe é permitido fazê-lo depois que opta pela renúncia ao direito de usar o nome do marido.
> Efetivamente, renunciando o sobrenome de casada, considera-se irretratável tal renúncia pela mulher, salvo em caso de reconciliação.
> Ora, a separação é de 2000. Sete anos após, pretende a mulher recuperar o apelido do ex-marido. Exaurida a opção (pelo nome de solteira), é inadmissível a retratação.".

Irresignada, a promovente apresentou a vertente apelação cível (fls.

27/29), no qual pugna pela reforma da v. sentença proferida na instância singular, sob o argumento de que, nos autos da ação de separação judicial nº 2000.02.09678-1, houve uma composição amigável entre as partes, e, consequentemente, por inexistir vencedor ou vencido, está a mesma fora do alcance das normas que serviram de sustentáculo para o convencimento da douta judicante *a quo*.

Intimado, o recorrido deixou transcorrer, *in albis*, o prazo para a apresentação de contrarrazões ao recurso apelatório.

Encaminhados os autos à apreciação da douta Procuradoria Geral de Justiça, esta opinou, em Parecer de fls. 47/49, pelo recebimento do recurso voluntário, mas para negar-lhe acolhimento, à míngua de pressupostos fáticos e jurídicos.

É o breve relato.

VOTO

1. ADMISSIBILIDADE.

Atendidos os requisitos intrínsecos e extrínsecos para sua admissibilidade, conheço do recurso apelatório interposto por V.A.R.

2. FUNDAMENTOS.

Sinopse fática.

Consoante relatado alhures, almejou a ora apelante/promovente, V.A.R, através da vertente ação, modificar a cláusula 4ª (quarta) do acordo judicial que pôs fim à sua sociedade conjugal com o Sr. M.P.C, firmado pela Secretaria da 6ª Vara de família da Comarca de Fortaleza/CE (fl. 07), nos autos da Ação de Separação Judicial nº 470762-34.2000.8.06.0001/0 (antigo Processo nº 2000.02.09678-1).

Ocorre que, através da sentença vergastada, a insigne judicante *a quo* entendeu que o pleito autoral não encontra amparo legal, mormente porque a lei do divórcio não faculta, em seu artigo 17, parágrafo 2º, o retorno do uso do nome de casada, quando, em acordo de separação judicial, já houve a opção pelo uso do nome de solteira.

Inconformada com os termos do v. *decisum* monocrático, a apelante apresentou o recurso ora em tablado, aduzindo, em suma, que a interpretação dada pela douta magistrada primeva ao §2º do art. 17, da Lei nº 6.515/77 não se mostra correta, na medida não houve vencedor ou vencido nos autos da ação de separação em que fora firmado o pacto cuja cláusula se busca modificar.

Mérito Recursal.

A controvérsia gravita, portanto, acerca da possibilidade de a ora apelante voltar a utilizar o seu nome de casada, não obstante tenha optado, quando de sua separação, por usar o seu nome de solteira. E, a solução das questões trazidas à apreciação desta eg. Corte de Justiça decorrem de uma interpretação das regras introjetadas nos artigos 17, §2º, e 18, da Lei nº 6.515/77, que regula os casos de dissolução da sociedade conjugal e do casamento, *in verbis:*

> Art. 17. Vencida na ação de separação judicial (art. 5º "caput"), voltará a mulher a usar o nome de solteira.
> §1º - Aplica-se, ainda, o disposto neste artigo, quando é da mulher a iniciativa da separação judicial com fundamento nos §§ 1º e 2º do art. 5º.
> §2º - Nos demais casos, caberá à mulher a opção pela conservação do nome de casada.
>
> Art 18. Vencedora na ação de separação judicial (art. 5º "caput"), poderá a mulher renunciar, a qualquer momento, o direito de usar o nome do marido.

Ademais, para uma melhor elucidação da *questio juris*, entendo por bem trazer a lume os termos do acordo que busca a recorrente modificar, *in litteris:*

> "Aberta a audiência, as partes não havendo possibilidade de vida em comum, resolveram dissolver a sociedade Conjugal, celebrando o seguinte acordo: 1º A guarda dos filhos do casal ficará para mulher, podendo o pai visitá-los ao sábados e Domingos de quinze em quinze dias podendo tê-los em sua companhia na sexta-feira após horário escolar; durante as férias escolar na segunda quinzena de Julho e Janeiro; 2º Que a pensão alimentícia da mulher e dos filhos será decidida da ação de alimentos já em andamento; 3º Que os bens do casal serão partilhados de acordo com o regime adotado no casamento – 50% para cada um –, a ser efetuado em Ação de Execução de Sentença; 4º Que a mulher voltará a usar o nome de solteira.". (fl. 07).

Como se vislumbra, na hipótese ora em destrame, ainda que a apelante não tenha sido expressamente qualificada como vencedora nos autos da ação separação judicial, certo é que esta renunciou ao direito de continuar usando o sobrenome de seu ex-marido. E, assim sendo, não lhe é dado transmudar esta situação consolidada, em

obediência ao princípio da imutabilidade dos nomes, bem como porque os motivos apresentados pela apelante para justificar o seu intento – aduz que: "[...] prefere a autora usar o nome de casada: V.A.R a ter que modificar toda a sua regular documentação antes da separação judicial já providenciada." (fl. 03) – não se mostram relevantes para a aspirada alteração.

Nesse diapasão, trago a lume o seguinte aresto, originário do eg. Tribunal de Justiça de Minas Gerais, que versou sobre caso semelhante:

> RETIFICAÇÃO DE REGISTRO CIVIL C/C RETIFICAÇÃO DE REGISTRO DE IMÓVEL – SOBRENOME DO EX-MARIDO – SEPARAÇÃO E DIVÓRCIO – IMPROCEDÊNCIA DO PEDIDO. Se a mulher, com a separação e divórcio, optou pela utilização de seu nome de solteira, não lhe é dado, 'a posteriori', postular alteração para nova inclusão do sobrenome de seu ex-marido, máxime diante da ausência de motivo relevante e excepcional justificável. Inteligência dos artigos 17, 18 e 25 da Lei nº 6515/77 e artigo 57 da Lei nº 6015/73 e observância ao princípio da imutabilidade dos nomes. (TJ/MG; Ap. Civ. 1.0388.03.003150-3/001(1); OITAVA CÂMARA CÍVEL; Relator(a): Desembargador(a) SILAS VIEIRA; DJ 05/11/2004).

Dessarte, como bem apontado pela douta judicante singular, *in casu*, uma vez escolhido o nome de solteira, somente na hipótese de restabelecimento da sociedade conjugal é que a apelante poderá usufruir do direito ao uso de seu antigo nome de casada (art. 46 da Lei nº 6.515/77[1]).

DISPOSITIVO

Gizadas estas considerações, voto pelo CONHECIMENTO do recurso apelatório manejado, para, no entanto, NEGAR-LHE PROVIMENTO, mantendo-se, assim, *in totum,* a v. sentença objurgada, a qual, a meu sentir, se encontra em estrita consonância com os preceitos legais e jurisprudenciais pátrios.

É como voto.

Fortaleza/CE, 20 de junho de 2011.

[1] Art. 46 - Seja qual for a causa da separação judicial, e o modo como esta se faça, é permitido aos cônjuges restabelecer a todo o tempo a sociedade conjugal, nos termos sem que fora constituída, contanto que o façam mediante requerimento nos autos da ação de separação.

PROCESSO Nº 49583-10.2003.8.06.0000/0.
APELAÇÃO CÍVEL.
APELANTE: A.A.L
APELADA: R.P.A.L.
RELATOR: DES. FERNANDO LUIZ XIMENES ROCHA.

EMENTA: DIREITO DE FAMÍLIA E PROCESSUAL. EXECUÇÃO DE ALIMENTOS. PRISÃO CIVIL. LEGALIDADE. MEIO COERCITIVO PASSÍVEL DE SER UTILIZADO PARA COBRANÇA DE ALIMENTOS PROVISÓRIOS, PROVISIONAIS OU DEFINITIVOS. ILEGITIMIDADE ATIVA *AD CAUSAM*. NÃO ACOLHIMENTO. ALIMENTOS ESTABELECIDOS *INTUITU FAMILIAE*. TRAMITAÇÃO CONJUNTA DE AÇÃO EXECUTIVA E AÇÃO DE MINORAÇÃO DO ENCARGO ALIMENTAR. IMPOSSIBILIDADE. CERCEAMENTO DE DEFESA. INEXISTÊNCIA. NULIDADE DA SENTENÇA POR AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO. INOCORRÊNCIA. LITIGÂNCIA DE MÁ-FÉ DE AMBAS AS PARTES. NÃO CARACTERIZAÇÃO. RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO.

1. O crédito alimentício permite a cobrança tanto pelo uso de constrição patrimonial como pela coerção pessoal (prisão civil), ficando a escolha do meio executivo a critério do credor, e tal se aplica aos alimentos provisórios, provisionais ou definitivos, conforme entendimento pacificado da doutrina e jurisprudência pátrias.

2. Quando os alimentos são instituídos *intuitu familiae*, ou seja, sem especificar a parcela destinada a cada beneficiário, "O valor resta em prol de todos, dispondo cada um de legitimidade para a cobrança da integralidade desse valor. Ainda que um ou mais filhos atinjam a maioridade, pode a genitora propor a execução para cobrança da integralidade do débito." (DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. São Paulo: RT, 5ª ed., 2009, p. 491). Carência de ação afastada. Legitimidade da ex-esposa para propor a execução da totalidade da pensão alimentícia estabelecida *intuitu familiae*.

3. Inconveniência da tramitação conjunta de execução de alimentos e ação de minoração do encargo alimentar, porquanto tais demandas possuem naturezas diversas (tutela executiva e tutela de conhecimento) e, consequentemente, ritos diferenciados, o que impossibilita a uniformidade de tratamento aos seus respectivos objetos. Risco de prolação de decisões colidentes inexistente, haja vista que as duas ações foram propostas perante o mesmo órgão jurisdicional.
4. Não há cerceamento de defesa quando ao executado é assegurada a faculdade de ofertar justificativa ao inadimplemento da obrigação alimentar, consoante prescreve o art. 733, *caput*, do Código de Processo Civil.
5. Incabível declarar-se o julgado nulo por ausência de fundamentação, tendo em vista que as questões suscitadas pelo recorrente foram sopesadas e decididas na sentença prolatada, a qual, apesar da motivação sucinta, revelou os fundamentos adotados pelo juízo *a quo* para o deslinde da matéria, os quais foram novamente explicitados no *decisum* que desproveu os embargos de declaração opostos pela parte executada. Precedente do STJ.
6. Não reconhecida a litigância de má-fé, uma vez que não restou caracterizada a conduta maliciosa de qualquer das partes.
7. Apelo conhecido e desprovido.

ACÓRDÃO

Acordam os integrantes da Primeira Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, por julgamento de Turma, unanimemente, em conhecer do apelo e negar-lhe provimento, tudo de conformidade com o voto do Relator.

RELATÓRIO

Trata-se de apelação interposta por A.A.L em sede de execução de alimentos, ante a sentença de fls. 152-154, que julgou procedente a pretensão autoral, decretando a prisão civil do executado pelo prazo de 30 (trinta) dias, em razão de débito alimentar no montante de R$12.333,09 (doze mil, trezentos e trinta e três reais e nove centavos), correspondente a 3 (três) prestações relativas aos meses de fevereiro, março e abril do ano de 2002, parcelado em duas vezes de R$6.166,55 (seis mil, cento e sessenta

e seis reais e cinquenta e cinco centavos), sendo que os demais meses vencidos e não pagos poderão ser objeto de outra ação.

Em suas razões recursais (fls. 207-214), o apelante alega que os alimentos cobrados pela recorrida não são aqueles concedidos por sentença ou decisão proferida em ação de alimentos regida pela Lei nº 5.478/1968 (Lei de Alimentos), tampouco constituem alimentos provisionais. Logo, o recorrente não está passível de sofrer prisão civil.

Aduz que no CPC só há previsão de prisão civil para alimentos provisionais decorrentes da medida cautelar disciplinada nos arts. 852 a 854 daquele diploma normativo. Enfatiza, outrossim, que, excetuado o aludido Código, tal meio coercitivo somente é previsto para as ações reguladas na LA, tendo por objeto alimentos provisórios, não provisionais.

Sustenta que o Magistrado *a quo* aplicou ao caso dispositivo de lei inadequado, qual seja, o art. 733, §1º, do CPC, confundindo alimentos provisionais (medida cautelar típica) com os alimentos decorrentes de acordo realizado em ação de separação judicial.

Assevera que o pensionamento foi acordado nos autos da separação consensual no valor de R$8.000,00 (oito mil reais), cabendo metade para a apelada e os outros R$4.000,00 (quatro mil reais) para o filho do casal, A.L.P.L, hoje maior e não mais residente em companhia da mãe.

Salienta, ainda, que a pensão devida à recorrida está paga e o valor por ela reclamado é a parte pertencente ao filho A.L. Ocorre que, por força de expressa vedação legal constante do art. 6º do CPC, a apelada não pode pleitear em nome próprio direito alheio, o que implica carência de ação.

Suscita haver a apelada agido de má-fé, ante a omissão, em sua petição inicial, da existência de ação de redução de encargo proposta contra si antes de intentada a execução. Entende que as duas ações, a executiva e a de minoração dos alimentos, deveriam ter tramitado em conjunto, em face da conexão, com o fito de evitar a prolação de decisões conflitantes.

Pugna pelo reconhecimento do cerceamento de defesa e, consequentemente, pela nulidade do julgamento, porquanto não foi ouvido sobre as petições e documentos de fls. 116-120, 134-139 e 143-147, em que houve alteração do pedido formulado na exordial. Outrossim, requer seja a sentença declarada nula por não haver revelado os seus fundamentos.

Por derradeiro, postula seja o apelo conhecido e provido, reformando-se a sentença, para julgar a apelada carecedora da ação executiva, sem prejuízo de sua condenação como litigante de má-fé, por infração aos arts. 17, I, II, III e V, e 18, § 2º, combinados, ambos do CPC, assim como nas cominações da sucumbência.

Contrarrazões apresentadas às fls. 224-234, em que a recorrida refuta as

assertivas do apelante, tendo pleiteado a manutenção do *decisum* recorrido, bem como impingida ao recorrente a pena de litigância de má-fé.

Às fls. 261-264, o Ministério Público opinou pelo conhecimento e desprovimento do apelo.

Autos redistribuídos a esta relatoria à fl. 281.

É o relatório.

VOTO

Atendidos os requisitos intrínsecos e extrínsecos de admissibilidade, conheço da apelação.

A obrigação alimentar cujo adimplemento ora se discute decorre de acordo firmado pelas partes e homologado pelo Juiz de Direito da 11ª Vara de Família da Comarca de Fortaleza, em sede de ação de separação judicial (Proc. nº 97.02.21453-0). Tem, portanto, natureza de alimentos definitivos.

O crédito alimentício permite a cobrança tanto pelo uso de constrição patrimonial como pela coerção pessoal (prisão civil), ficando a escolha do meio executivo a critério do credor, e tal se aplica aos alimentos provisórios, provisionais ou definitivos, conforme entendimento pacificado da doutrina e jurisprudência pátrias.

A propósito, a lição do jurista Yussef Said Cahali:

> […] a doutrina foi se definindo no sentido de que, embora o art. 733 do CPC só tivesse cogitado de "execução de sentença ou de decisão, que fixa os alimentos provisionais", isto é, de provimento final (*sentença*), liminar ou incidente (*decisão*) em processo cautelar (art. 852 *et seq.*), deve-se ter em conta que o art. 19, *caput*, da Lei nº 5.478/1968, neste ponto não derrogado pelo CPC, nem alterado pela Lei nº 6.014, de 27.12.1973 (Lei de Adaptação, art. 4º), autoriza o decreto de prisão administrativa em termos genéricos, "para cumprimento do julgado ou do acordo", que eventualmente tenha sido objeto do processo (principal) da ação de alimentos, abrangendo também a sentença ou o acordo de alimentos na separação judicial (e agora também no divórcio).
>
> Assim, Barbosa Moreira, Athos Carneiro, Sebastião Amorim, Rosa Maria Bracco e Araken de Assis. (Cf. CAHALI, Yussef Said. *Dos alimentos*. São Paulo: RT, 6ª ed, 2009, p. 759-760).

Nesse sentido tem decidido o Superior Tribunal de Justiça:

> PROCESSO CIVIL. EXECUÇÃO DE ALIMENTOS. PRISÃO.

> COBRANÇA DE ALIMENTOS DEFINITIVOS. POSSIBILIDADE. MODALIDADE DE EXECUÇÃO. OPÇÃO DO CREDOR. DÍVIDA ALIMENTAR. VERBAS PRETÉRITAS. CONCEITO DOUTRINA. PRECEDENTES.
> RECURSO PROVIDO PARCIALMENTE.
> I - A norma contida no art. 733 do Código de Processo Civil se aplica tanto aos alimentos definitivos como aos provisionais.
> II - Cabe ao credor a opção pela via executiva da cobrança de alimentos. Assim, pode optar pela cobrança com penhora de bens ou ajuizar desde logo a execução pelo procedimento previsto no art. 733, CPC, desde que se trate de dívida atual.
> III - A jurisprudência desta Corte está consolidada no sentido de que o paciente, para livrar-se da prisão civil, está obrigado a pagar as três últimas parcelas vencidas na data do mandado de citação e as vincendas no curso do processo. (STJ, REsp 345627/SP, Relator Ministro SÁLVIO DE FIGUEIREDO TEIXEIRA, Quarta Turma, DJ 02/09/2002 p. 194, RSTJ vol. 164 p.384)

Por conseguinte, incensurável a decretação de prisão civil para o inadimplemento de alimentos definitivos estabelecidos em avença no âmbito de separação judicial.

Verifica-se pelo acordo celebrado entre as partes que a pensão alimentícia foi fixada no valor de R$8.000,00 (oito mil reais), a qual deveria ser paga ao cônjuge virago, a quem também coube a guarda e educação do filho menor do casal, A.L.P.L.

Infere-se pelo exame dos termos da aludida avença que tais alimentos foram instituídos *intuitu familiae*, ou seja, de maneira global, sem especificar a parcela destinada a cada beneficiário. Como elucida a insigne Maria Berenice Dias:

> […] Normalmente são estipulados em benefício da entidade familiar – ex-mulher e filhos –, sem ser indicado um percentual em favor de cada um deles. O valor resta em prol de todos, dispondo cada um de legitimidade para a cobrança da integralidade desse valor. Ainda que um ou mais filhos atinjam a maioridade, pode a genitora propor a execução para cobrança da integralidade do débito. (DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. São Paulo: RT, 5ª ed., 2009, p. 491).

Assim, improcede a alegada carência de ação por ilegitimidade ativa *ad causam* da exequente-apelada para promover a execução dos alimentos estatuídos em seu favor e em prol do filho, menor à época da separação do casal.

Concernente à arguida necessidade de tramitação conjunta da ação executiva com a de redução do encargo alimentar, aforada pelo recorrente, por força de conexão e para se evitar a prolação de decisões conflitantes, tem-se que tais demandas são autônomas, sendo compostas de objetos distintos. Tanto é assim que "a simples propositura da ação revisional pelo devedor não autoriza a suspensão do pagamento da pensão ou a espontânea diminuição do seu valor" (FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Direito das famílias*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2ª ed, 2010, p. 757). Tampouco seria causa de suspensão do feito executivo.

Veja-se que ambas as ações foram propostas perante o mesmo órgão jurisdicional, qual seja, o Juízo da 11ª Vara de Família de Fortaleza. Logo, não haveria risco da edição de provimentos colidentes. Ademais, como as duas demandas possuem naturezas diversas (processos executivo e de conhecimento) e, consequentemente, ritos diferenciados, não seria conveniente a tramitação conjunta dos feitos a fim de conferir uma indevida e impossível uniformidade de tratamento aos seus respectivos objetos.

Quanto à má-fé da recorrida por não haver informado ao juízo de primeira instância que havia uma ação de minoração de débito alimentar protocolada anteriormente ao ajuizamento da execução de alimentos, não restou configurada a litigância temerária e maliciosa, porquanto as duas ações possuem pedido e causa de pedir diferenciados, sendo que a procedência da redução do encargo alimentar não exerceria influência no resultado da demanda executiva. Lembre-se que a decisão que reduz os alimentos não dispõe de efeito retroativo, pelo que não alcança as parcelas vencidas e não pagas.

No tocante à aventada nulidade do julgamento por cerceamento de defesa, haja vista que o executado não foi ouvido acerca das petições e documentos anexos de fls. 116-120, 134-139 e 143-147, as quais teriam modificado o pedido formulado na peça vestibular, impende esclarecer que não houve alteração do petitório, mas tão-somente a cobrança das parcelas que se foram vencendo no curso da execução dos alimentos, estando em consonância com o art. 290 do Código de Processo Civil. Ademais, ao apelante foram assegurados a ampla defesa e o contraditório, uma vez que regularmente citado (fl. 21v.), teve a oportunidade de deduzir ao juízo executivo sua justificativa para o inadimplemento da obrigação, em observância ao disposto no art. 733, *caput*, do Diploma Processual Civil, o que efetivamente fez às fls. 22-24.

Sobre o tema já decidiu o Colendo Superior Tribunal de Justiça, *in verbis*:

> *Habeas corpus*. Execução de alimentos. Cerceamento de defesa. Alimentos pretéritos.
>
> 1. Ausente, no caso concreto, cerceamento do direito de defesa, tendo em vista que o executado pôde apresentar a sua justificativa para a inadimplência em Juízo, rejeitada fundamentadamente pelo Magistrado.
>
> 2. Nos termos da Súmula nº 309/STJ, "o débito alimentar que autoriza a prisão civil do alimentante é o que compreende as três prestações anteriores ao ajuizamento da execução e as que se vencerem no curso do processo".

> 3. Ordem concedida em parte. (STJ, HC 82.784/RJ, Rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, 3ª T., j. em 02.08.2007, DJ 10.09.2007 p. 223).

Assim, não há que se cogitar em nulidade da sentença por cerceamento de defesa, quando o seu exercício foi garantido.

Igualmente incabível declarar-se o julgado nulo por ausência de fundamentação, tendo em vista que as questões suscitadas pelo recorrente foram sopesadas e decididas na sentença prolatada às fls. 152-154, a qual, apesar da motivação sucinta, revelou os fundamentos adotados pelo Magistrado *a quo* para o deslinde da matéria, os quais foram novamente explicitados no *decisum* de fls. 200-202, que desproveu os embargos de declaração opostos pela parte executada.

A esse respeito:

> Processo civil. Recurso especial. Ação falimentar. Obrigação de não se ausentar da comarca onde declarada a quebra sem prévia autorização judicial.
> Pedido de afastamento da restrição. Alegação de violação a direitos fundamentais. Ausência de fundamentação da decisão que indeferiu o pedido.
> Pretendida equiparação da restrição contida no art. 34, III, da antiga Lei de Falências à prisão domiciliar.
> - Não há que se confundir fundamentação sucinta com ausência de fundamentação. Precedentes.
> - A obrigação conferida ao falido pelo art. 34, III, da antiga Lei de Falências e repetida pelo art. 104, III da Lei nº 11.101/05 não tem caráter de pena,visando, ao contrário, simplesmente facilitar o curso da ação falimentar, pela garantia de que o falido estará disponível para esclarecimentos e para participar dos atos que dele dependam.
> Recurso especial não conhecido. (REsp 763.983/RJ, Rel. Min. Nancy Andrighi, 3ª T., DJ 28.11.2005).

Relativamente à apontada má-fé do recorrente, não se vislumbrou dolo em sua conduta, seja pelas teses defensivas levantadas seja por não haver informado ao juízo de primeiro grau que foi ofertada reconvenção pela recorrida por ocasião do prazo para resposta da ação de redução de encargo alimentar por ele ajuizada, sendo, portanto, de todo impertinente a aplicação de sanção por litigância de má-fé.

Do exposto, nego provimento ao apelo.

É como voto.

Fortaleza, 20 de junho de 2011.

PROCESSO Nº 5049-23.2009.8.06.0112/1.
APELAÇÃO CÍVEL.
APELANTE: VERDE VALE HOTEL S.A.
APELADO: LÁZARO HENRIQUE DA SILVA, REPRESENTADO POR ADRIANA BORGES DA SILVA.
RELATOR: DESEMBARGADOR FERNANDO LUIZ XIMENES ROCHA.

EMENTA: DIREITO CIVIL E PROCESSUAL. RESPONSABILIDADE. MORTE POR AFOGAMENTO EM PISCINA DE ESTABELECIMENTO HOTELEIRO. DANOS MATERIAIS E MORAIS. CERCEAMENTO DE DEFESA. INOCORRÊNCIA. AUSÊNCIA DE SALVA-VIDAS. CULPA EXCLUSIVA DA VÍTIMA. INEXISTÊNCIA. DESPESAS COM FUNERAL DEVIDAS. EXCLUSÃO DO 13º SALÁRIO DA INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS. DANOS MORAIS MANTIDOS.

1. É cediço ser o juízo destinatário final da prova, competindo-lhe, portanto, a análise da conveniência e da necessidade de sua produção, tendo em vista as circunstâncias de cada caso, deixando de realizar atos e provas que reputar desnecessários para o exame da lide, contanto aprecie o que entende substancial para o deslinde do feito, prolatando sua decisão de modo fundamentado (art. 93, IX, da CF/1988 e arts. 130, 131 e 330 do CPC).

2. Diante de fatos incontroversos e do acervo probatório existente, o magistrado de primeiro grau indeferiu a produção das provas testemunhal e pericial, por considerá-las despiciendas à formação do seu entendimento. Não caracterizado, pois, o cerceamento de defesa.

3. Igualmente, não há falar em defesa cerceada quando a parte teve a oportunidade de se manifestar sobre os documentos novos juntados pelo adversário, uma vez que seu advogado retirou os autos da Secretaria de Vara para peticionar e, ao devolvê-los, nada mencionou. Ausência de arguição de prejuízo.

4. Configurada a responsabilidade civil da apelante ante a demonstração do dano, a conduta omissiva e o nexo causal entre um e outro.

5. Despesas com o funeral da vítima comprovadas documentalmente, impondo-se o seu ressarcimento.

6. Exclusão do 13º (décimo terceiro) salário do pensionamento arbitrado, porquanto não ficou demonstrado que a vítima mantinha relação empregatícia.

7. Razoabilidade da indenização por danos morais fixada pelo juízo de primeiro grau, que não discrepa dos parâmetros

adotados pelo Superior Tribunal de Justiça, motivo pelo qual deve ser mantida.
8. Apelação conhecida e parcialmente provida.

ACÓRDÃO

Acordam os integrantes da Primeira Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, por julgamento de Turma, unanimemente, em conhecer do apelo e dar-lhe parcial provimento, nos termos do voto do Relator.

Fortaleza, 20 de junho de 2011.

RELATÓRIO

Trata-se de ação de reparação de danos morais e materiais cumulada com pensão mensal ajuizada por Lázaro Henrique da Silva e Adriana Borges da Silva, sendo o primeiro menor impúbere, representado pela segunda, sua genitora, em desfavor de Verde Vale Hotel S.A, na qual postularam, inicialmente, a concessão dos benefícios da justiça gratuita, assim como o pagamento de: I) danos morais no valor correspondente a R$100.000,00 (cem mil reais) para cada um dos autores; II) danos materiais no montante de R$1.280,00 (um mil, duzentos e oitenta reais); III) pensão mensal equivalente a 1/3 (um terço) do salário mínimo nacional para cada um dos promoventes, até o ano de 2042, quando o falecido pai e companheiro dos demandantes, Francisco da Silva, completaria 65 (sessenta e cinco) anos de idade; e, IV) honorários advocatícios estipulados em 20% (vinte por cento) sobre o valor dado à causa.

Os requerentes narraram na petição inicial que são, respectivamente, filho e companheira de Francisco da Silva, que veio a falecer na data de 03 de fevereiro de 2008, por afogamento, em uma piscina de propriedade da promovida.

Alegou-se que a Sra. Adriana Borges da Silva convivia maritalmente com Francisco da Silva desde o ano de 1998, de cuja união resultou o nascimento de Lázaro Henrique da Silva.

Asseverou-se que no dia do fato acima mencionado havia intenso movimento de banhistas no parque aquático mantido pela empresa demandada, na Cidade de Juazeiro do Norte, pois era um domingo de carnaval, ocasião em que o falecido estava na companhia de familiares e amigos usufruindo das piscinas do empreendimento hoteleiro, quando foi encontrado afogado na piscina de ondas, cuja profundidade não chegava a um metro.

Ocorre que após a retirada da vítima da aludida piscina, um casal de médicos que se encontrava no local tentou reanimá-la, sem, contudo, lograr êxito, haja vista que ficara submersa por muito tempo. Logo em seguida os empregados da parte requerida removeram o corpo para fora do parque aquático, ficando no aguardo de traslado para o Instituto de Medicina Legal daquela localidade.

Relatou-se, ainda, que apesar da tragédia acontecida em uma das piscinas do parque aquático do promovido, os festejos de carnaval prosseguiram.

Asseriu-se que no dia do sinistro sequer havia equipe de seguranças ou salva-

vidas devidamente equipados nas piscinas do demandado. Nem mesmo se mantinham empregados treinados para prestar primeiros socorros em casos de afogamento ou de outros acidentes.

Acrescentou-se serem inegáveis a omissão e o descuido da demandada com suas piscinas, tanto que no dia subsequente ao ocorrido restou notificado pelo Corpo de Bombeiros acerca da determinação constante da Lei Estadual nº 13.462/2004, no sentido de se manter em parque aquático salva-vidas treinados pelos bombeiros, providência esta que não foi adotada pela empresa requerida, nada obstante haja orientação anterior efetuada para tanto.

Sustentou-se que da analise do trágico evento nada havia que isentasse a promovida da culpa pelo fato, em razão da sua omissão e negligência, tendo em vista que faltou com o dever de cuidado, por não manter serviço de segurança com salva-vidas devidamente equipados, o que teria evitado a morte de Francisco da Silva; e se mantinha tal serviço, este fora completamente ineficiente.

À fl. 24*v*, a gratuidade judiciária foi deferida, sendo ordenada a citação da parte adversa.

Validamente citada (fls. 25-25*v*), a requerida apresentou contestação às fls. 26-34, em que, preliminarmente, arguiu a ilegitimidade ativa *ad causam* da autora Adriana Borges da Silva, tendo postulado a extinção do feito em relação a esta, alegando ser necessária a prova de sua condição de companheira, reconhecida por decisão judicial, ou mesmo, em contrato de convivência, para que figurasse no pólo ativo da demanda.

Em sede meritória, pugnou pela improcedência do pedido autoral, tendo pontificado que o evento danoso deu-se por exclusiva culpa da vítima, que havia feito uso demasiado de bebidas alcoólicas no período recreativo, somado à recente mazela que havia suportado, dando causa à sua morte ao agir de forma irresponsável à medida em que se postou de maneira arriscada e voluntária.

Defendeu não haver liame que vincule o infortúnio com o serviço prestado pelo hotel, sendo incabível atribuir a este responsabilidade apenas por ser de sua propriedade rasa piscina de recreamento.

Afirmou que nada obstante a espécie de responsabilidade existente entre os litigantes ser objetiva, haja vista que entre o hotel promovido e o falecido subsistia relação de consumo, segundo a qual para existir o dever de indenizar bastariam o dano e o nexo causal, sendo prescindível a prova da culpa, o infortúnio na espécie teria sido ocasionado por exclusiva culpa da vítima, o que exclui o nexo causal em tela, elidindo, em consequência, a responsabilidade civil, não havendo que se falar em dever de indenizar.

Réplica oferecida às fls. 58-61.

À fl. 64-A restou frustrada a tentativa de conciliação, tendo o juízo *a quo* determinado a intimação das partes a fim de que apresentassem as provas que pretendiam produzir, especificando-as.

Manifestação da empresa promovida às fls. 65-66 pela produção de provas testemunhal e pericial.

À fl. 67, petição dos demandantes requerendo a juntada aos autos de peças do inquérito policial (fls. 68-75), bem como rol de testemunhas.

Decisório de fls. 76-77, em que o juízo de primeira instância rejeitou a

preliminar de ilegitimidade ativa de Adriana Borges da Silva sustentada pela requerida, sob o fundamento de que a união estável seria uma situação fática, que poderia ser comprovada na instrução processual, não havendo necessidade de prévia sentença judicial declaratória desta, além do que a existência de filho em comum entre a autora e o fenecido constituiria indício da existência daquela união, a qual deveria ser comprovada tão somente na fase instrutória.

Quanto aos pedidos de produção de provas pericial e testemunhal, o magistrado indeferiu a realização daquela ante sua desnecessidade, porquanto a profundidade da piscina era fato incontroverso e, quanto aos outros quesitos propostos pela parte demandada, estes não iriam influenciar na questão central, consubstanciada no dever ou não da requerida em manter no local salva-vidas. Outrossim, o juízo *a quo* denegou a oitiva de testemunhas, haja vista ser incontroverso o ponto de que não havia salva-vidas no estabelecimento, pelo que prescindível a prova testemunhal.

Por fim, a autoridade judicante determinou a designação de data para audiência de instrução, para ouvida de testemunhas, que seriam inquiridas somente em relação à união estável entre a promovente Adriana e o falecido.

À fl. 78, petitório dos autores, na qual Adriana Borges da Silva manifestou a vontade de desistir da ação, enquanto o menor Lázaro Henrique da Silva desistiu da produção de prova testemunhal.

Ordenada a intimação da ré a respeito de tais requerimentos, esta concordou com a desistência formulada, tendo, ainda, reiterado o pedido de produção de provas (fl. 79).

Às fls. 80-96, o magistrado de primeira instância prolatou sentença, havendo, no tocante à requerente Adriana Borges da Silva, extinguindo o processo, sem resolução de mérito, nos termos do art. 267, VIII, do Código de Processo Civil, condenando-a ao pagamento de honorários advocatícios à requerida, fixados em R$700,00 (setecentos reais), com supedâneo no art. 12 da Lei nº 1.060/50.

Quanto às postulações exordiais, o juízo *a quo* acolheu-as e condenou o hotel promovido no seguinte: I) pagar ao autor Lázaro Henrique da Silva a quantia de R$100.000,00 (cem mil reais), a título de indenização por danos morais, incidindo correção monetária, a partir da data da sentença (Súmula 362 do STJ), e juros de mora a contar do evento morte (Súmula 54 do STJ); II) efetuar o pagamento das despesas de funeral, no montante de R$1.280,00 (mil, duzentos e oitenta reais), com incidência de juros a partir da citação (art. 219 do Código de Processo Civil) e correção monetária, esta calculada a partir do desembolso; e, III) pagar ao requerente Lázaro Henrique da Silva pensão mensal equivalente a 1/3 (um terço) do salário mínimo, a partir da data do falecimento, 03/02/2008, até quando o promovente completar 25 (vinte e cinco) anos de idade, acrescido de 13º salário, incidindo correção monetária e juros de mora desde cada prestação (Súmula 54 do STJ), devendo a promovida incluir o autor em folha de pagamento. Estabeleceu, ainda, que a correção monetária deverá se dar pelo INPC e os juros de mora, de forma simples, em 1% (um por cento) ao mês (art. 406 do Código Civil de 2002), tendo condenado a demandada a pagar custas processuais e honorários de advogado, os últimos arbitrados em 15% (quinze por cento) da condenação em danos morais e materiais, abrangendo estes as prestações vencidas até a data da sentença e as vincendas até 12 (doze) meses.

Irresignada, a parte requerida interpôs a presente apelação (fls. 98-107), tendo alegado, em síntese, a ocorrência de cerceamento de defesa ocasionado pelo indeferimento da produção das provas pericial e testemunhal, bem como pela juntada de documentos novos pelo apelado, sem que pudesse se manifestar sobre estes. Pontificou, outrossim, que o acidente fatal foi causado por culpa exclusiva da vítima em razão da ingestão imoderada de bebida alcoólica, bem como em decorrência de enfermidade não declarada de epilepsia, alinhada à impossibilidade de afogamento em face da pouca profundidade da piscina.

Voltou-se a recorrente, ainda, contra a obrigação de indenizar danos materiais advindos das despesas com funeral, as quais não restaram comprovadas nos fólios.

No tocante à pensão estabelecida, argui que não ficou demonstrado o *quantum* dispendido pelo pai em relação ao filho, tampouco a razoabilidade e proporcionalidade dessa obrigação, inclusive abrangendo 13º (décimo terceiro) salário. Combateu, também, a condenação de reparar danos morais fixada na importância de R$100.000,00 (cem mil reais), que considera enriquecimento ilícito.

Em remate, pugnou pela invalidação da sentença por cerceamento de defesa, ou pela reforma desta, julgando-se improcedentes as pretensões autorais, com a inversão dos ônus da sucumbência.

Contrarrazões às fls. 112-114, em que são rebatidos os argumentos deduzidos pela apelante e pleiteada a manutenção do *decisum* de primeiro grau.

À fl. 114*v*, o juízo *a quo* recebeu o apelo nos efeitos devolutivo e suspensivo.

A Procuradoria Geral de Justiça manifestou-se pelo desprovimento do recurso (fls. 126-133).

É o relatório.

Ao e. Desembargador-Revisor.

VOTO

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

Inicialmente, argui a apelante haver sofrido cerceamento de defesa mediante a negativa de produção de provas pericial e testemunhal.

Compulsando os fólios, tem-se que o magistrado de piso, por ocasião da audiência de conciliação (fl. 64-A), em que não se obteve acordo entre os litigantes, intimou estes para declinarem as provas que pretendiam produzir, especificando-as, no prazo de 10 (dez) dias, ficando cientes de que o silêncio importaria o julgamento da demanda.

Em sua manifestação, a apelante requereu a oitiva de testemunhas, bem como a realização de perícia, tendo apresentado a quesitação (fls. 65-66). Por seu turno, o recorrido pediu que se anexassem ao feito cópias autenticadas de termos de depoimentos prestados no inquérito policial concernentes ao falecimento do Sr. Francisco da Silva, tendo, ainda, pugnado pela produção de prova testemunhal (fls. 67-75).

O juízo *a quo* solucionou tais petitórios às fls. 76-77, extraindo-se de sua decisão o seguinte trecho:

> [...]
> Passo a apreciar a petição de fls. 65/66, em que a parte ré requereu a produção de provas testemunhal e pericial.
> Entendo que a prova pericial entremostra-se desnecessária.
> A profundidade da piscina já é fato incontroverso, gira em torno de 1,2 a 1,4 metros.
> Quanto à capacidade de impulsão das ondas da piscina e sucção da água, bem como a impossibilidade de locomoção, tudo isso não influenciará na questão central: deveria a parte ré manter no local salva-vidas?
> Por isso, indefiro o pedido de prova pericial.
> Impende consignar que resta incontroverso o seguinte ponto: não havia salva-vidas no local, haja vista que parte ré não impugnou essa alegação contida na inicial, não sendo necessária prova testemunhal em relação a esse ponto.
> Ante o exposto, designe-se data para audiência de instrução, para oitiva de testemunhas, as quais serão perguntadas somente quanto à união estável entre a autora e o falecido (destaque no original)

Ocorre que a apelante fez carga dos autos (fl. 78*v*) e não opôs qualquer recurso contra aquele provimento judicial, tampouco impugnou os documentos cuja juntada pleiteou o recorrido, restando preclusa a irresignação em tela.

Além disso, é cediço ser o juízo destinatário final da prova, competindo-lhe, portanto, a análise da conveniência e da necessidade de sua produção, tendo em vista as circunstâncias de cada caso, deixando de realizar atos e provas que reputar desnecessários para o exame da lide, contanto aprecie o que entende substancial para o deslinde do feito, prolatando sua decisão de modo fundamentado (art. 93, IX, da CF/1988[1] e arts. 130, 131 e 330 do CPC[2]).

Cito:

> […] 3. O deferimento do pedido de produção de provas está vinculado à

[1] CF/ 1988, Art. 93. *Omissis.* […] IX – todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação; […]

[2] CPC, 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.
CPC, Art. 131. O juiz apreciará livremente a prova, atendendo aos fatos e circunstâncias constantes dos autos, ainda que não alegados pelas partes; mas deverá indicar, na sentença, os motivos que lhe formaram o convencimento.
CPC, Art. 330. O juiz conhecerá diretamente do pedido, proferindo sentença: I – quando a questão de mérito for unicamente de direito, ou, sendo de direito e de fato, não houver necessidade de produzir prova em audiência; II – quando ocorrer a revelia (artigo 319).

> livre convicção do magistrado de primeiro grau de jurisdição, na medida em que incumbe "ao juiz, de ofício ou a requerimento da parte, determinar as provas necessárias à instrução do processo, indeferindo as diligências inúteis ou meramente protelatórias", podendo julgar antecipadamente a lide quando não houver necessidade de produzir prova em audiência, conforme o disposto nos arts. 130 e 330 do CPC. […] (STJ. 1ª Turma. REsp 976599/SC. Relatora Ministra DENISE ARRUDA. DJe 01.12.2009. RIOBDCPC vol. 63, p. 56)
>
> […] 3. Não há falar em cerceamento de defesa, na medida em que é permitido ao magistrado desprezar a produção de provas quando constatar que a questão é unicamente de direito ou que os documentos acostados aos autos são suficientes para nortear seu convencimento. No caso, as instâncias ordinárias, soberanamente, decidiram pela dispensa da instrução probatória. […] (STJ. 1ª Turma. AgRg no Ag 940924/SP. Relatora Ministra DENISE ARRUDA. DJe 05.11.2008)
>
> […] 2. A jurisprudência desta Corte firmou o entendimento de que não constitui cerceamento de defesa o indeferimento da produção de prova testemunhal e pericial quando o magistrado julgar suficientemente instruída a demanda, esbarrando no óbice da Súmula n. 7 do STJ a revisão do contexto fático-probatórios dos autos para aferir se o acervo probatório é ou não satisfatório. Precedentes. […] (STJ. 2ª Turma. REsp 1144884/SC. Relator Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES. DJe 03.02.2011, destaques)
>
> […] III - O julgamento antecipado da lide, por si só, não caracteriza cerceamento de defesa, já que cabe ao magistrado apreciar livremente as provas dos autos, indeferindo aquelas que considere inúteis ou meramente protelatórias. […] (STJ. 3ª Turma. AgRg no REsp 973347/SC. Relator Ministro SIDNEI BENETI. DJe 14.05.2010, destaques)
>
> Com idêntico teor: AgRg no Ag 1017090/RS, 1ª Turma, Relatora Ministra DENISE ARRUDA, DJe 03.12.2008; REsp 791581/MS, 4ª Turma, Relator Ministro ALDIR PASSARINHO JUNIOR, DJe 03.11.2008; REsp 896045/RN, 1ª Turma, Relator Ministro LUIZ FUX, DJe 15.10.2008; REsp 866359/ES, 3ª Turma, Relatora Ministra NANCY ANDRIGHI, DJe 15.05.2009; REsp 906200/RS, 2ª Turma, Relatora Ministra ELIANA CALMON, DJe 26.09.2008; REsp 967644/MA, 4ª Turma, Relator Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, DJe 05.05.2008; AgRg no Ag 741209/RJ, 1ª Turma, Relator Ministro LUIZ FUX, DJU 10.05.2007, p. 346; dentre vários.

Veja-se que o *decisum* em questão encontra-se devidamente fundamentado,

tendo sido proferido em consonância com o princípio do livre convencimento motivado.

À luz do acervo probatório existente naquela oportunidade e diante de fatos incontroversos, tais como a morte do genitor do apelado, a profundidade da piscina onde se deu o acidente fatal e a ausência de salva-vidas, o magistrado de primeiro grau indeferiu a produção das provas testemunhal e pericial por considerá-las despiciendas à formação do seu entendimento, de sorte que o alegado cerceamento de defesa restou não caracterizado.

Quanto à assertiva de que a defesa da recorrente teria sido cerceada por não haver sido intimada da juntada ao caderno processual de documentos novos às fls. 68-75, igualmente há de se declarar incidente a preclusão já acima esposada, uma vez que, indubitavelmente, a apelante ficou ciente da mencionada documentação a partir da carga dos autos deste processo, ocasião em que teve a oportunidade de contraditar mencionada documentação caso assim o desejasse.

A propósito, colho julgado do Superior Tribunal de Justiça sobre o tema:

> […] 1. O acesso das partes aos documentos juntados ao processo por ocasião da impugnação aos embargos de devedor descaracteriza qualquer ofensa ao art. 398 do CPC, de modo que a irresignação da parte embargante pela desconsideração dos novos fundamentos jurídicos do pedido não merece guarida por se caracterizar em inovação vedada da lide. […] (STJ. , REsp 973315/PR, Rel. Min. ELIANA CALMON, DJe 18/02/2009)

Ainda remanescesse o mencionado vício processual, como se trata de questão de forma caberia à recorrente especificar o prejuízo que teria sofrido, sob pena de acatar os atos praticados em respeito ao princípio da instrumentalidade das formas.

Cito:

> […] 3. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça é pacífica no sentido de que não há falar em ofensa ao art. 398 do CPC se a juntada de documento novo não trouxe prejuízo à parte que, por sua vez, não havia sido intimada a pronunciar-se sobre ele. Precedentes: REsp 1050998/RN, julgado em 13/04/2010, DJe 03/05/2010; Resp 868.688/MG, DJ 22.10.2007; AgRg no Ag 782446/RJ, DJ 20.09.2007; Resp 902431/RS, DJ 10.09.2007; AgRg no REsp 514.818/MG, DJ 24/11/03. […] (STJ. 1ª Turma. AgRg no REsp 1192564/PR. Relator Ministro BENEDITO GONÇALVES. DJe 28.10.2010)

Ocorre que essa indicação de prejuízos não se verificou, afora o fato de que as cópias colacionadas a estes autos são de inquérito policial público, sem que contra quaisquer desses documentos haja a mínima impugnação quanto à veracidade de seus conteúdos, a qual, ainda, somente se justificaria caso arguida alguma falsidade,

o que também não se deu, tornando inamissível simples impugnação destituída de fundamento. Colho do Superior Tribunal de Justiça:

> ADMINISTRATIVO. PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. SERVIDOR PÚBLICO. PREQUESTIONAMENTO. AUSÊNCIA. SÚMULAS 282 E 356/STF. DOCUMENTOS. AUTENTICAÇÃO. AUSÊNCIA. ARGUIÇÃO DE FALSIDADE. INEXISTÊNCIA. PRESUNÇÃO DE VERACIDADE. PRECEDENTES. DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL NÃO COMPROVADO. RECURSO ESPECIAL CONHECIDO E IMPROVIDO. [...] 2. Presumem-se verdadeiros os documentos colacionados pelos autores na inicial quando o réu não arguiu sua falsidade, tornando-se despicienda sua autenticação. Precedentes. 3. Dissídio jurisprudencial não comprovado. (STJ. 5ª Turma. REsp 717460/CE. Relator Ministro ARNALDO ESTEVES LIMA. DJU 11.06.2007, p. 352)

O novo Código Civil Brasileiro adota o princípio da verdade documental, que se ilide somente mediante prova em contrário, o que inexiste na espécie, senão vejamos:

> CCB/2002, Art. 225. As reproduções fotográficas, cinematográficas, os registros fonográficos e, em geral, quaisquer outras reproduções mecânicas ou eletrônicas de fatos ou de coisas fazem prova plena destes, se a parte, contra quem forem exibidos, não lhes impugnar a decisão.

Outrossim, não se vê da sentença qualquer alusão aos mencionados documentos, de sorte que nenhuma influência tiveram quanto à condenação, sendo despiciendo falar-se em nulidade processual. Nesse sentido:

> AÇÃO DE DESPEJO. JUNTADA DE DOCUMENTOS AOS AUTOS. FALTA DE OITIVA DO RÉU. IRRELEVÂNCIA PARA O JULGAMENTO. AUSÊNCIA DE PREJUÍZO. NATUREZA DA RELAÇÃO JURÍDICA ENTRE AS PARTES. LOCAÇÃO. 1. De acordo com o art. 398 do Cód. de Pr. Civil, "sempre que uma das partes requerer a juntada de documento aos autos, o juiz ouvirá, a seu respeito, a outra, no prazo de 5 (cinco) dias". No caso, nenhum prejuízo teve o réu apesar de não ter sido ouvido, principalmente porque os documentos não eram relevantes para o exame final do pedido da autora e da resposta do réu. […] (STJ. 6ª Turma. REsp 1037456/DF. Relator Ministro NILSON NAVES. DJe 28.06.2010)
>
> […] 2. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça é firme em que não

> há ofensa ao artigo 398 do Código de Processo Civil quando, a despeito da parte não ter sido intimada para se pronunciar a respeito de documento novo juntado aos autos, este não for utilizado no julgamento da controvérsia. […] (STJ. 1ª Turma. AgRg no Ag 1233200/MG. Relator Ministro HAMILTON CARVALHIDO. DJe 07.04.2010. LEXSTJ vol. 248, p. 25)

Dessarte, não há cogitar cerceamento de defesa na espécie, motivo pelo qual rejeito a preliminar.

No mérito, aduz a recorrente que o infortúnio (morte) foi ocasionado por culpa exclusiva da vítima, seja pela ingestão imoderada de bebida alcoólica, seja em razão do padecimento de doença não declarada de epilepsia, conjugada à impossibilidade de afogamento em decorrência da profundidade da piscina, sem que, porém, o laudo de necrópsia tenha averiguado quaisquer dessas assertivas, concluindo tão somente haver morte por afogamento (fl. 19).

Melhor sorte não lhe assiste, porquanto foram suficientemente comprovados o dano e a conduta omissiva da apelante, bem como o nexo causal entre um e outro, configurando, dessarte, a responsabilidade civil da recorrente.

Percuciente em repelir essa assertiva foi o parecer lançado pela eminente Procuradora de Justiça Osemilda Maria Fernandes de Oliveira, motivo pelo qual o acompanho, na íntegra, adotando-o como fundamento desta decisão, ao estilo do que é praxe na Suprema Corte, quando a qualidade das razões permite sejam subministradas pelo relator (Cf. ACO 804/RR, Relator Ministro Carlos Britto, DJU 16.06.2006; AO 24/RS, Relator Ministro Maurício Corrêa, DJU 23.03.2000; RE 271771/SP, Relator Ministro Néri da Silveira, DJU 01.08.2000; dentre outros). Veja-se (fls. 126-133):

> [...]
> O Código Civil é claro, em seu art. 927, ao estabelecer a culpa, quando a atividade da empresa normalmente oferece riscos a terceiros:
>
> Art. 927: Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem.
>
> Não há dúvidas de que a atividade do Apelante oferecia riscos, uma vez que é de conhecimento público e notório que o fato, por si só, de um estabelecimento oferecer piscinas a serem utilizadas pelos consumidores configura risco à saúde e à vida.
> Por esta razão, necessário é que o estabelecimento tivesse um quadro de profissionais habilitados em número suficiente para atender à demanda, principalmente conhecendo-se o fato de que em épocas de carnaval, é previsível o aumento do número de cliente de estabelecimentos iguais ao Demandado.

Observamos que na Apelação o Recorrente não refutou a alegação de que inexistiam salva-vidas no local e dia do evento. Verificamos, ainda, que não fora refutada, também, a alegação de que o Requerido não mantinha empregados treinados a prestar primeiros socorros.

Ademais há nos autos prova de que o Requerido, no dia seguinte ao evento fatídico, foi notificado pelo Corpo de Bombeiros Militar do Estado do Ceará, em face do descumprimento da Lei Estadual nº 13.462 de 27 de abril de 2004, que o obrigava a manter, em suas piscinas, salva-vidas treinados pelo Corpo de Bombeiros (fls.21).

Vê-se, portanto, que a incúria do Apelante em manter pessoal qualificado para resguardar a vida e saúde dos seus consumidores foi de fundamental relevância para a ocorrência do evento morte.

O fato de a piscina, no local onde ocorreu o óbito, ter apenas 1,2m (um metro e vinte centímetros) de profundidade não exime o estabelecimento de manter pessoal qualificado, nem sequer algum empregado apto a prestar os primeiros socorros, uma vez que acidentes acontecem e é responsabilidade dos estabelecimentos zelar pela segurança dos clientes.

Por esta razão, provada a disponibilização de piscina pelo estabelecimento a seus consumidores, a inexistência de pessoal capacitado para salvaguardar os banhistas e a consequente morte por afogamento, não há dúvidas entre o nexo causal da conduta do estabelecimento Requerido e o evento morte.

Sobre o tema segue a jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará:

Ementa: APELAÇÃO CÍVEL. INDENIZAÇÃO. DANOS MORAIS E MATERIAIS. MORTE POR AFOGAMENTO. PISCINA DE CLUBE RECREATIVO. AUSÊNCIA DE SEGURANÇA E PROTEÇÃO AOS USUÁRIOS. NEGLIGÊNCIA. *CULPA IN VIGILANDO* CARACTERIZADA. INDENIZAÇÃO DEVIDA. SENTENÇA MANTIDA. I – A prestação de serviços aos frequentadores de clubes sociais recreativos importa no dever de garantia de proteção aos mesmos. II – Demonstrada a falta de salva-vidas e de controle efetivo quanto ao acesso às piscinas, por crianças desacompanhadas, ademais, existindo grande aglomeração de banhistas e utilização conjunta de crianças e adultos na piscina destinada a estes não há de se imputar a culpa pelo sinistro aos genitores da vítima. III – Uma vez perfeitamente demonstrados, *in casu*, o dano e o injusto ocasionado pela conduta omissiva da ora recorrente, a obrigatoriedade de reparação dos danos morais e materiais suportados é medida que se impões *(sic)*. APELAÇÃO CONHECIDA, MAS IMPROVIDA.' - Apelação cível 4437054420008060000. - Relator(a): JOSÉ CLÁUDIO NOGUEIRA CARNEIRO – Órgão julgador: 2ª Câmara Cível – Data de registro: 08/05/2006." (destaquei)

A apelante refuta, também, a condenação em ressarcir o dispêndio com o funeral, haja vista que a parte adversa não teria colacionado aos autos qualquer nota fiscal de valor legal.

Igualmente improcede tal inconformismo, uma vez constituir-se inovação à lide, pois inexiste qualquer impugnação específica na contestação (fls. 26-34) acerca desse pleito exordial, incidindo na espécie os art. 302, 303, 334, II e III, do CPC[3] .

Além do mais, mencionada despesa foi provada documentalmente à fl. 22, por meio de recibo expedido pela funerária, cujo teor não foi impugnado pela recorrente.

Ainda que assim não fosse, em consonância com o entendimento perfilhado pelo c. Superior Tribunal de Justiça, sequer seria necessária a comprovação das quantias despendidas com o funeral da vítima quando fixadas estas em valores módicos, como é o caso em tela:

> […] III. Desnecessidade de comprovação das despesas de funeral para a obtenção do ressarcimento do causador do sinistro, em face da certeza do fato, da modicidade da verba quando dentro dos parâmetros previstos pela Previdência Social e da imperiosidade de se dar proteção e respeito à dignidade humana. Precedentes do STJ.
>
> IV. A pensão é devida aos filhos do *de cujus* até a idade de vinte e cinco anos, quando presumida pela jurisprudência a independência econômica daquela em relação ao genitor falecido.
>
> V. "Na ação de indenização por dano moral, a condenação em montante inferior ao postulado na inicial não implica sucumbência recíproca" - Súmula n. 326/STJ.
>
> VI. Juros moratórios devidos em 6% (seis por cento) ao ano, a partir da citação, observando-se o limite prescrito nos arts. 1.062 e 1.063 do Código

[3] CPC, Art. 302. Cabe também ao réu manifestar-se precisamente sobre os fatos narrados na petição inicial. Presumem-se verdadeiros os fatos não impugnados, salvo:
I – se não for admissível, a seu respeito, a confissão;
II – se a petição inicial não estiver acompanhada do instrumento público que a lei considerar da substância do ato;
III – se estiverem em contradição com a defesa, considerada em seu conjunto.
Parágrafo único. Esta regra, quanto ao ônus da impugnação especificada dos fatos, não se aplica ao advogado dativo, ao curador especial e ao órgão do Ministério Público.
CPC, Art. 303. Depois da contestação, só é lícito deduzir novas alegações quando:
I – relativas a direito superveniente;
II – competir ao juiz conhecer delas de ofício;
III – por expressa autorização legal, puderem ser formuladas em qualquer tempo e juízo.
CPC, Art. 334. Não dependem de prova os fatos:
I – notórios;
II – afirmados por uma parte e confessados pela parte contrária;
III – admitidos, no processo, como incontroversos;
IV – em cujo favor milita presunção legal de existência ou de veracidade.

> Civil/1916 até a entrada em vigor do novo Código, quando, então, submeter-se-á à regra contida no art. 406 deste último diploma, a qual, de acordo com precedente da Corte Especial, corresponde à Taxa Selic, ressalvando-se a não-incidência de correção monetária, pois é fator que já compõe a referida taxa.
> VII. Recurso especial conhecido em parte e, nessa parte, parcialmente provido. (STJ. 4ª Turma. REsp 865363/RJ. Relator Ministro ALDIR PASSARINHO JUNIOR. DJe 11.11.2010)
>
> […] 3. Cabível a indenização por luto, que dispensa comprovação das despesas, quando fixada em parâmetro compatível. […] (STJ. 4ª Turma. REsp 853921/RJ. Relator Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA. DJe 24.05.2010)

Insurge-se a recorrente, ainda, quanto ao pensionamento arbitrado**,** por não terem sido evidenciados os gastos que o pai tinha com o filho, o ora apelado, motivo pelo qual essa parcela do *decisum* seria irrazoável e desproporcional, além do que referido estipêndio não poderia abranger o 13º (décimo terceiro) salário.

Novamente, verifica-se que a contestação de fls. 26-34 limitou-se a tecer argumentos acerca da culpa exclusiva do *de cujus* pelo ocorrido, sem assestar qualquer rebate ao pleito autoral de pensão, o qual tão somente foi acolhido pelo magistrado de primeira instância.

Não se pode, agora, serodiamente, impugnar esse requesto do autor.

Nada obstante, veja-se que a indenização, na hipótese de obrigação resultante da morte do genitor do demandante, a quem cabia o sustento da família, tem nítido caráter alimentar. Assim, é devido ao recorrido tudo aquilo que seu pai percebia como remuneração dos serviços que prestava e que deixou de proporcionar em decorrência de seu falecimento, quando, abruptamente, passou a não mais prover a entidade familiar.

Constata-se que o pensionamento foi fixado de modo bastante razoável, tendo incidido em apenas 1/3 (um terço) do salário mínimo, não discrepando da pacífica jurisprudência do c. Superior Tribunal de Justiça, *verbis*:

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

> exerça trabalho remunerado) até que estes completem 24 anos de idade.
> 7. A pensão por morte é devida desde a data do óbito. […]
> 10. Cabível a constituição de capital ou caução fidejussória como previsto na Súmula n. 313 do STJ: "Em ação de indenização, procedente o pedido, é necessária a constituição de capital ou caução fidejussória para a garantia de pagamento da pensão, independentemente da situação financeira do demandado". […] (STJ. 4ª Turma. REsp 853921/RJ. Relator Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA. DJe 24.05.2010)

Por conseguinte, a sentença adversada não merece qualquer reparo quanto à pensão mensal de 1/3 do salário mínimo em favor do recorrido.

Porém, respeitante à **parcela atinente ao 13º salário**, merece acolhimento o apelo por ser *extra petita* a sentença nessa parte (art. 128 e 460, CPC[4]), bem como pelo fato de não haver sido comprovado nos fólios que a vítima era empregado.

Restou evidenciado que este era marceneiro (fl. 15), o que leva a crer que se tratava de um profissional autônomo, descabendo, pois, a condenação do apelante ao pagamento da aludida verba.

A respeito da matéria, nossos Tribunais têm assim decidido:

> […] Décimo terceiro salário que não é devido, haja vista que não se comprovou laborar a vítima com vínculo empregatício. Reforma da sentença neste ponto. Despesas com funeral arbitradas em quantia módica, que deve ser mantida, já que ninguém deixa de ser enterrado. […] (TJRJ. 11ª Câmara Cível. Apelação nº 0087953-58.2004.8.19.0001. Relatora Desembargadora VALERIA DACHEUX. Julgamento: 16.09.2009, destaquei)

> INDENIZAÇÃO - ACIDENTE DE TRÂNSITO - BOLETIM DE OCORRÊNCIA - PRESUNÇÃO DE VERDADE - DENUNCIAÇÃO DA LIDE - SEGURADORA LITISDENUNCIADA - RESPONSABILIDADE - VALOR - LIMITE DA APÓLICE - DANOS MORAIS - FIXAÇÃO - CRITÉRIOS - VOTO VENCIDO. O boletim de ocorrência expedido pelo agente policial goza de presunção de verdade, sendo certo que as declarações nele contidas se afiguram relevantes e até mesmo suficientes para a solução da controvérsia instaurada em ação de indenização decorrente de acidentes de trânsito. É devido o 13º salário, se consignando aos autos que a vítima era empregado assalariado. Calcula-se que apenas 1/3 do salário é destinado ao

[4] CPC, Art. 128. O juiz decidirá a lide nos limites em que foi proposta, sendo-lhe defeso conhecer de questões, não suscitadas, a cujo respeito a lei exige a iniciativa da parte.
CPC, Art. 460. É defeso ao juiz proferir sentença, a favor do autor, de natureza diversa da pedida, bem como condenar o réu em quantidade superior ou em objeto diverso do que lhe foi demandado.
Parágrafo único. A sentença deve ser certa, ainda quando decida relação jurídica condicional.

> sustento pessoal da vítima e os 2/3 restantes cabem à sua família, razão pela qual este índice deve ser utilizado na fixação do valor da pensão. Os valores da indenização e consequente responsabilidade da Seguradora devem ter como parâmetro e limite o estabelecido pela apólice, respeitada assim a disposição contratual estabelecida entre as partes. Primeira apelação não provida e segunda apelação parcialmente provida. V.V.: Não é possível a dedução do valor da indenização do seguro obrigatório em reparação de danos por acidente de veículo, por decorrem de relações jurídicas diversas. (Desa. Evangelina Castilho Duarte) (TJMG. 10ª Câmara Cível. Apelação Cível nº 1.0035.05.050920-3/001. Relator Desembargador PEREIRA DA SILVA. DJ 02.08.2007, destaquei)
>
> RESPONSABILIDADE CIVIL - RESCISÃO CONTRATUAL C/C REPARAÇÃO DE DANOS - ACIDENTE - QUEDA DE ANDAIME - MORTE DA VÍTIMA - PRELIMINARES DE ILEGITIMIDADE PASSIVA E JULGAMENTO *EXTRA PETITA*.
> 1. Carece de fundamento a arguição de ilegitimidade passiva, eis que constatado que o termo de acordo fora firmado pela pessoa física, sem qualquer menção à pessoa jurídica.
> 2. Não há que se falar em julgamento *extra petita* quando o pedido inicial é certo no sentido de que seja declarado nulo o acordo extrajudicial celebrado entre as partes com alegado vício de consentimento.
> 3. Constatado o dano, o nexo causal entre o dano e a conduta do agente e a culpa, caracterizada se mostra a responsabilidade civil e o dever de indenizar.
> 4. Não há que se falar em pagamento de 13º salário, tendo em vista que a vítima era profissional autônomo.
> 5. Recurso desprovido. Unânime. (TJDFT. 5ª Turma Cível. Apelação Cível nº 2000 08 1 001042-2. Relator Desembargador ROMEU GONZAGA NEIVA. DJ 24.09.2003, p. 49, destaquei)

A apelante refuta, também, o montante arbitrado para a reparação do dano moral, que alega ser quantia deveras elevada, ensejando enriquecimento ilícito.

Incide a preclusão, pois sequer adversado o valor pleiteado expressamente na exordial.

Ademais, considerando as circunstâncias do caso concreto, o porte econômico das partes e a finalidade da reparação, tem-se que a indenização por danos morais fixada em R$100.000,00 (cem mil reais), que, na época do evento morte, correspondia a 263,15 salários mínimos, não se afigura exorbitante ou desproporcional à dor suportada pelo recorrido em decorrência da morte de seu pai.

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, confiram-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, Relatora Ministra ELIANA CALMON, DJU 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, Relator Ministro JOÃO ORÁVIO DE NORONHA, DJU 02.08.2006);
>
> (c) 300 salários mínimos por morte de ente querido (preso político) (REsp 658.547/CE, Relatora Ministra ELIANA CALMON, DJU 18.04.2005);
>
> (d) 300 salários mínimos por morte de filho doente mental ocorrido em hospital psiquiátrico (REsp 602.102/R**S**, Relatora Ministra ELIANA CALMON, DJU 21.02.2005);
>
> (e) 300 salários mínimos por morte de pai em razão de má conservação de rodovia (REsp 443.422/RS, Relator Ministro FRANCIULLI NETTO, DJU 03.11.2003 e também no REsp 549.812/CE, Relator Ministro FRANCIULLI NETTO, DJU 31.05.2004);
>
> (f) 300 salários mínimos por morte de menor custodiada pela Febem (REsp 466.291/SP, Relatora Ministra ELIANA CALMON, DJU 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, Relator Ministro LUIZ FUX, DJU 28.08.2006);
>
> (h) 300 salários mínimos por morte de menor por infecção generalizada, por erro médico (REsp 674.586/SC, Relator Ministro LUIZ FUX, DJU 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, Relator Ministro LUIZ FUX, DJU 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, Relator Ministro CASTRO FILHO, DJU 18.12.2006);
>
> k) 300 salários mínimos por morte de pai em assalto dentro de estacionamento de hipermercado (REsp 530.618/MG, Relator Ministro ALDIR PASSARINHO JÚNIOR, DJU 07.03.2005);
>
> l) 500 salários mínimos em razão de morte do filho da autora, ocorrido no porto em que trabalhava (REsp 714.869/SP, Relator Ministro CÉSAR ASFOR ROCHA, DJU 06.11.2006).

O eminente Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, do Superior Tribunal de Justiça, realizou recentemente um estudo da jurisprudência dessa Colenda Corte acerca da indenização dos prejuízos extrapatrimoniais derivados do dano-morte em voto proferido nos autos do REsp 959780/ES, em que concluiu:

> […]
> Pode-se estimar que um montante razoável para o STJ situa-se na faixa entre 300 e 500 salários mínimos, embora o arbitramento pela própria Corte no valor médio de 400 salários mínimos seja raro.
> Saliente-se, mais uma vez que, embora seja importante que se tenha um montante referencial em torno de quinhentos salários mínimos para a indenização dos prejuízos extrapatrimoniais ligados ao dano-morte, isso não deve representar um tarifamento judicial rígido, o que entraria em rota de colisão com o próprio princípio da reparação integral.
> Cada caso apresenta particularidades próprias e variáveis importantes como a gravidade do fato em si, a culpabilidade do autor do dano, a intensidade do sofrimento das vítimas por ricochete, o número de autores, a situação sócio-econômica do responsável, que são elementos de concreção que devem ser sopesados no momento do arbitramento equitativo da indenização pelo juiz. (STJ. 3ª turma. REsp 959780/ES. Relator Ministro PAULO DE TARSO SANSEVERINO. DJe 06.05.2011)

Portanto, pela razoabilidade de que se reveste é de se manter a condenação por danos morais tal como estabelecida pelo juízo *a quo*.

Sob tais fundamentos, dou parcial provimento ao apelo tão somente para excluir da condenação a parte alusiva ao 13º (décimo terceiro) salário, mantendo, quanto ao mais, a sentença adversada.

É como voto.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 528179-42.2000.8.06.0001/1
APELANTE: JOSÉ JAQUES GARCIA
APELADO: ESTADO DO CEARÁ
RELATOR: DESEMBARGADOR ADEMAR MENDES BEZERRA

EMENTA. ADMINISTRATIVO E CONSTITUCIONAL. APELAÇÃO CÍVEL. POLICIAL MILITAR REFORMADO DA CORPORAÇÃO MILITAR. ATO ADMINISTRATIVO DE EFEITOS CONCRETOS PRATICADO HÁ MAIS DE DEZENOVE ANOS CONTADOS DA PROPOSITURA DA AÇÃO JUDICIAL. PRETENSÃO DE RECONHECER E CONSTITUIR O SEU DIREITO ÀS SUCESSIVAS PROMOÇÕES DO POSTO DE SUBTENENTE ATÉ O GRAU DE CAPITÃO DA POLÍCIA MILITAR EM RESSARCIMENTO DE PRETERIÇÃO. PRESCRIÇÃO DO FUNDO DO DIREITO. INTELIGÊNCIA DO ARTIGO 1º DO DECRETO Nº 20.910/1932. APLICAÇÃO DO ARTIGO 269, INCISO IV, SEGUNDA FIGURA, DO *CODEX* PROCESSUAL CIVIL. PRECEDENTES.

I – Demonstrado que a impetração dista mais de cinco anos contados da data em que o Policial foi reformado da Corporação Militar, mister é o reconhecimento da prescrição do fundo do direito à reintegração postulada, ao par da completa ausência de prova documental das preterições, violando o teor do art. 333, I, do CPC.

II – Aplicação do artigo 1º do Decreto nº 20.910/1932. Ação ordinária julgada extinto sem análise do mérito, a teor do artigo 269, inciso IV, segunda figura, da Lei Adjetiva Civil.

III - A reforma do autor além de deflagrar o curso do lapso prescricional também torna improcedente qualquer tentativa de configurar a preterição e a pretensão ao consequente ressarcimento quando se constatar que os militares supostamente beneficiados em detrimento do apelante tenham ingressado na Corporação Militar após a inatividade do autor, inexistindo, portanto, elementos apto ao cotejo da disparidade de tratamento suscitada na peça de intróito.

Recurso conhecido, mas desprovido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos o recurso de apelação cível nº 528179-42.2000.8.06.0001/1, em que são partes as acima indicadas acordam os senhores

Desembargadores componentes da Segunda Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, por unanimidade, em conhecer do recurso, todavia para improvê-lo, reconhecendo-se a incidência da prescrição do fundo do direito ao ressarcimento em preterição, nos termos do voto da Relator.

Fortaleza, 19 de janeiro de 2011.

RELATÓRIO

José Jaques Garcia interpôs apelação cível contra a sentença de fls. 42/49 que julgou improcedentes os seus pedidos formulados na petição inicial da ação ordinária na qual postula a sua promoção da graduação de Subtenente da Polícia Militar, sucessivamente, até a de Capitão.

Razões recursais às fls. 53 a 71. Alega que possui direito às promoções almejadas em ressarcimento de preterição, mesmo na condição de especialista, haja vista que o quadro de acesso por antiguidade não foi obedecido e, por este motivo, foram aos cursos e às graduações posteriores militares que não obedeciam aos critérios de promoção, notadamente a antiguidade, configurando a preterição.

Sustenta que o Comando Geral da Polícia Militar incorreu em ilegal preterição do recorrente ao promover policiais mais modernos quando, na verdade, deveria respeitar o acesso gradual e sucessivo dos praças no quadro de acesso a partir do critério da antiguidade e do merecimento. Defende que constatada preterição, o militar tem direito ao ressarcimento, recebendo o número que lhe competiria na escala hierárquica, como se houvesse sido promovido na época devida pelo princípio em que é feita a sua promoção. Por este motivo, atualmente as vagas decorrentes da preterição que o prejudicou não mais existem porque já foram preenchidas, como prevê o art. 59, §2º, da Lei nº 10.072/1976.

Requereu a reforma da sentença de primeiro grau para assegurar ao apelante o direito às promoções almejadas.

O apelo foi recebido em ambos os efeitos (fls. 72).

Contrarrazões acostadas às fls. 74/83. Levanta a tese da prescrição do fundo de direito da pretensão autoral, porquanto o autor foi reformado em 1981 e a ação postulando sucessivas promoções foi ajuizada em 14/02/2001. No mérito, alega que a Lei nº 226/1948 foi totalmente revogada pela Lei nº 10.072/1976, fato este que restou incontroverso a partir da vigência do art. 15 da Lei estadual nº 13.035/2000. Pontua que o curso correspondente à graduação respectiva é requisito exigido pela legislação federal e estadual para as promoções pretendidas pelo recorrente, nos termos do Decreto federal nº 88.777/1983 (art. 14) e no Decreto estadual nº 15.275/1982 (arts. 11 e 12), asseverando que o autor foi reformado na graduação de Soldado PM e não possui os cursos habilitatórios às praças que pretende alcançar. Assevera que o art. 10 do Decreto estadual dispõe que as promoções na corporação militar necessita da comprovação da existência de vagas, o que não ocorreu no caso em deslinde. Pugna pela manutenção do decreto sentencial.

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

Parecer da douta Procuradoria Geral de Justiça opinando pelo conhecimento e improvimento do recurso voluntário (fls. 96/105).

É o relatório.

VOTO

Recurso tempestivo e cabível.

Pretende o recorrente que se reconheça e se constitua, nos planos judicial e administrativo, o seu direito às promoções, em ressarcimento de preterição, evoluindo do grau de Subtenente até o posto de Capitão da Polícia Militar estadual.

O apelante foi reformado em 16/07/1981 (fl. 13) quando exercia a graduação de 2º Sargento PM e ajuizou a presente *actio* em 14/02/2001, ou seja, mais de 19 (dezenove) anos após a publicação do ato administrativo que lhe causou gravame e que, a partir de então passou a surtir efeitos concretos na seara do direito subjetivo do promovente.

A questão jurídica versada nos autos enfrenta marco prescricional cuja contagem teve início com o ato *reforma* do autor, contando, daí, o lapso de cinco anos, conforme a disposição do art. 1º do Decreto nº 20.910/32.

Nestes termos, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, com especial atenção aos trechos negritados:

> ADMINISTRATIVO. ANULAÇÃO DE ATO ESTATAL. EXCLUSÃO DE POLICIAL MILITAR A BEM DA DISCIPLINA. PRESCRIÇÃO. DECRETO Nº 20.910/32, ART. 1º. *DIES A QUO*. DATA DA PUBLICAÇÃO DO ATO DE EXCLUSÃO. IRRELEVÂNCIA DA DATA DA SENTENÇA CRIMINAL ABSOLUTÓRIA. OFENSA AO ART. 535 DO CPC REPELIDA.
>
> 1. Tratam os autos de ação de anulação de ato administrativo cumulada com indenização por dano moral ajuizada por Aguinaldo José Cordeiro em face do Estado de Pernambuco alegando, em suma, que era soldado da Polícia Militar, tendo sido licenciado *ex officio* a bem da disciplina, pelo seu suposto envolvimento na prática de homicídio, tendo sido absolvido dessa acusação. Defendeu que o ato administrativo que o licenciou é nulo por manifesta violação ao princípio da legalidade, vez que não foram observados os princípios constitucionais da ampla defesa e do contraditório. Pleiteou, também, indenização por danos morais. Em primeiro grau, julgou-se extinto o processo com julgamento de mérito em face de ter-se operado a prescrição, conforme os termos do art. 1º do Decreto 20.910/32. Apelou o autor, e o TJPE, à unanimidade, deu parcial provimento ao recurso, rejeitando a preliminar de sua intempestividade e afastando a prescrição decretada ao entendimento de se efetuar a contagem a partir da data em que houve a absolvição criminal. Por outro lado, não reconheceu o direito

à indenização por danos morais. Recursos especiais foram agitados pelo Ministério Público e pelo Estado de Pernambuco, buscando, em síntese, a declaração da consumação da prescrição e o afastamento da reintegração do autor aos quadros da corporação.

2. O Julgador não tem o dever de discorrer esgotadamente sobre os regramentos legais existentes e nem está obrigado a responder a todos os questionamentos das partes se já encontrou motivo suficiente para fundamentar a sua decisão. Ausência de omissão ou obscuridade a viciar o julgamento de segundo grau. Violação do art. 535, I e II, do CPC, que se repele.

3. *In casu*, a absolvição criminal (como co-autor em crime de homicídio - data da sentença 23/04/96) é irrelevante, posto que o recorrido foi excluído da corporação, *ex officio*, sob outra fundamentação: a bem da disciplina, em virtude de ter sido considerado culpado pelo Conselho de Disciplina da Polícia Militar de Pernambuco por ter agido negligentemente ao permitir a instauração de grande desordem nas dependências da cadeia pública quando estava de serviço, confusão que culminou na morte de uma pessoa. Portanto, a conduta que motivou a exclusão do policial não foi o suposto envolvimento no crime de homicídio, mas sim, a incúria no cumprimento de suas obrigações – grave negligência em serviço de vigilância e segurança.

4. O início da contagem do prazo prescricional deve ser efetivado da data do ato do qual se originou a suposta lesão ao direito do autor, ou seja, a partir da publicação do ato de licenciamento, que deu-se no dia 03/08/1977. Como a ação só foi ajuizada em 23/08/1999, resta absolutamente consumado o lapso prescricional.

5. Recursos especiais providos pela apontada violação do art. 1º do Decreto 20.910/32, restando prejudicada a análise das demais questões. (REsp 613.317/PE, Rel. Ministro JOSÉ DELGADO, PRIMEIRA TURMA, DJ 01/02/2005 p. 426)

ADMINISTRATIVO. SERVIDOR PÚBLICO ESTADUAL. POLICIAL MILITAR. LICENCIAMENTO A BEM DA DISCIPLINA. REINTEGRAÇÃO. PRESCRIÇÃO. FUNDO DO DIREITO. OCORRÊNCIA.

1 - Se o móvel do pedido é o licenciamento do recorrido das fileiras da Polícia Militar, a bem da disciplina, a pretensa violação ao direito subjetivo é individualizada e estanque no tempo, contando-se desse marco o prazo prescricional. Ajuizada a ação de reintegração mais de cinco anos depois, prescrito está o próprio fundo de direito. Precedentes do STJ e do STF.

2 - Recurso especial conhecido para restabelecer a sentença. (REsp 438.854/CE, Rel. Ministro FERNANDO GONÇALVES, SEXTA TURMA, DJ 02/12/2002 p. 393)

> ADMINISTRATIVO CIVIL. POLICIAL MILITAR. LICENCIAMENTO *EX OFFICIO*. AÇÃO DE REINTEGRAÇÃO. NULIDADE DO ATO ADMINISTRATIVO. PRESCRIÇÃO QÜINQÜENAL. DECRETO Nº 20.910/32. INCIDÊNCIA.
> - A ação que visa à reintegração de policial militar, licenciado *ex officio*, a despeito da alegação de nulidade do ato administrativo, regula-se pela prescrição qüinqüenal, nos termos do disposto no art. 1º do Decreto 20.910/32. Precedentes.
> - Recurso especial não conhecido. (REsp 334.738/SE, Rel. Ministro VICENTE LEAL, SEXTA TURMA, DJ 01/07/2002 p. 416)

A jurisprudência desta Corte de Justiça possui o seguinte norte:

> Ementa: ADMINISTRATIVO. SERVIDOR PÚBLICO ESTADUAL. POLICIAL MILITAR. LICENCIAMENTO A BEM DA DISCIPLINA. REINTEGRAÇÃO. PRESCRIÇÃO. FUNDO DO DIREITO. OCORRÊNCIA. Se o móvel do pedido é o licenciamento do recorrido das fileiras da Polícia Militar, a bem da disciplina, a pretensa violação ao direito subjetivo é individualizada e estanque no tempo, contando-se desse marco o prazo prescricional. Ajuizada a ação de reintegração mais de cinco anos depois, prescrito está o próprio fundo de direito. Recurso apelatório conhecido e provido. (Apelação nº 2004.0011.0374-5/0, Rel. Des. ERNANI BARREIRA PORTO, 3ª Câmara Cível, DJ 05/10/2005)

> Ementa: ADMINISTRATIVO - REINTEGRAÇÃO DE POLICIAL MILITAR - LICENCIAMENTO "EX-OFFICIO" - PRESCRIÇÃO - OCORRÊNCIA - INTELIGÊNCIA DO ART 1° DECRETO N° 20.910/32 - INAPLICABILIDADE DO ART. 177 DO CÓDIGO CIVIL/1916.
> I - É inegável que, em casos como o presente, a incidência da prescrição qüinqüenal é de rigor, tendo em vista que se trata de ação anulatória de ato de licenciamento *ex-officio* de policial militar, pretensão de natureza estatutária, razão pela qual o deslinde da questão há de ser efetuado com base nas normas que regem o direito administrativo, não nos dispositivos do Código Civil.
> II - Dessa forma, nas ações propostas contra a Fazenda Pública aplica-se o prazo prescricional qüinqüenal disciplinado no Decreto 20.910/32, e não a prescrição vintenária inscrita na regra do Código Civil, art. 177.
> III - Neste esteio, cumpre salientar que a prescrição tem como marco inicial não o nascimento do próprio direito, mas a sua violação, momento em que surge o direito de ação. Assim, a outra conclusão não se pode chegar, que não a de que o marco inicial para a contagem de eventual prazo prescricional, em ação de reintegração de policial militar, é o ato de licenciamento. Com efeito, é este o ato lesivo originador do direito à reintegração.

> IV - Destarte, como acertadamente sentenciou a M.M.ª juíza monocrática, é manifesta a ocorrência da prescrição do próprio fundo de direito, haja vista excedido o prazo de 5 (cinco) anos entre a edição do ato de licenciamento, que se deu em 04 de fevereiro de 1988, e o ajuizamento da ação, ocorrido a 26 de dezembro de 1996.
> V - APELAÇÃO CÍVEL CONHECIDA, MAS IMPROVIDA. (Apelação nº 2000.0014.8377-4/0, Rel. Des. JOSÉ CLÁUDIO NOGUEIRA CARNEIRO, 2ª Câmara Cível, DJ 06/10/2004)
>
> Ementa: APELAÇÃO CÍVEL E REMESSA OBRIGATÓRIA - AÇÃO ORDINÁRIA - LICENCIAMENTO *EX OFFICIO* DE POLICIAL MILITAR - PRESCRIÇÃO QUINQUENAL OPERADA - REEXAME OFICIAL E APELO CONHECIDOS E PROVIDOS:
> I - Os direitos e ações contra a Fazenda Pública sujeitam-se ao prazo prescricional qüinqüenal, nos moldes do preceituado pelo art. 1º do Decreto 20.910/32.
> II - Tratando-se de licenciamento de policial militar, a bem da disciplina, o ex-soldado tem o prazo de 5 (cinco) anos, contados do ato de licenciamento, para insurgir-se judicialmente contra a respectiva Corporação.
> III - Na hipótese em liça, resta operada a prescrição, haja vista que o autor buscou a tutela jurisdicional somente 11 (onze) anos após o ato administrativo que o licenciou.
> IV - Apelação e remessa obrigatória conhecidas e providas. Sentença reformada. (Apelação nº 2004.0003.2812-3/0, Rel. Desª. MARIA CELESTE THOMAZ DE ARAGÃO, 4ª Câmara Cível, DJ 23/07/2007)

In casu, a prescrição atingiu não apenas as prestações, mas também o próprio fundo do direito, ante à falta de exercício da ação dentro do prazo quinquenal contado do ato administrativo que reformou o apelante, ao par da inexistência de prova documental da preterição que o prejudicou (art. 333, I, do CPC).

A reforma do autor além de deflagrar o curso do lapso prescricional também torna improcedente qualquer tentativa de configurar a preterição e a pretensão ao consequente ressarcimento quando se constatar que os militares supostamente beneficiados em detrimento do apelante tenham ingressado na Corporação Militar após a sua inatividade, inexistindo, portanto, elementos aptos ao cotejo da disparidade de tratamento suscitada na peça de intróito.

Ex positis, conhece-se do recurso de apelação, todavia para negar-lhe provimento, ante a configuração da causa de extinção do processo com julgamento do mérito prevista no artigo 269, inciso IV, segunda figura, do Código de Processo Civil.

É como voto.

Fortaleza, 19 de janeiro de 2011.

PROCESSO Nº 567416-83.2000.8.06.0001/1
CLASSE: APELAÇÃO CÍVEL.
PARTES:
APELANTE: ROBERTO REBOUÇAS ANTUNES.
APELADO: ESTADO DO CEARÁ
ÓRGÃO JULGADOR: PRIMEIRA CÂMARA CÍVEL.
RELATOR: DESEMBARGADOR FRANCISCO SALES NETO.

EMENTA: ADMINISTRATIVO E CONSTITUCIONAL. DEMISSÃO. ABANDONO DE CARGO. PROCESSO ADMINISTRATIVO. SERVIDOR NÃO ENCONTRADO. ESGOTAMENTO DE TODAS AS DILIGÊNCIAS PARA SUA CITAÇÃO PESSOAL. CITAÇÃO POR EDITAL - NOMEAÇÃO DE DEFENSOR. ALEGAÇÃO DE DEFESA TÉCNICA INSUFICIENTE. HIPÓTESE EM QUE O DEFENSOR DATIVO COMPARECE AOS AUTOS, PATROCINANDO TODOS OS ATOS CONDIZENTES COM A CONDIÇÃO DE DEFENSOR DO APELANTE. ABANDONO DE CARGO CARACTERIZADO. AUSÊNCIA DE IRREGULARIDADE PROCEDIMENTAL. PRINCÍPIOS DA AMPLA DEFESA, DO CONTRADITÓRIO E DO DEVIDO PROCESSO LEGAL OBSERVADOS. RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO.

1. Consoante firme jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, no âmbito do controle jurisdicional do processo administrativo disciplinar, compete ao Poder Judiciário apreciar apenas legalidade do ato demissionário, bem como, a regularidade do procedimento à luz dos princípios do contraditório, da ampla defesa e do devido processo legal, sendo-lhe vedada a incursão sobre o mérito do julgamento administrativo.

2. Pela necessidade de subtrair a Administração Pública a uma prevalência do Poder Judiciário, capaz de diminuí-la, ou até mesmo de anulá-la em sua atividade peculiar, põem-se restrições à apreciação jurisdicional dos atos administrativos, no que respeita à extensão e consequências.(Seabra Facundes).

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos de APELAÇÃO CÍVEL nº 567416-83.2000.8.06.0001/1, em que são partes as pessoas acima indicadas, ACORDAM os

Desembargadores que compõem a Primeira Câmara Cível deste eg. Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, por unanimidade de votos, por CONHECER do recurso manejado, para, NEGAR-LHE PROVIMENTO, nos termos do voto do Relator.

Fortaleza/CE, 6 de junho de 2011.

RELATÓRIO

Tratam os autos de apelação cível manejada por Roberto Rebouças Antunes, objetivando a reforma da respeitável sentença prolatada pelo 8º Módulo Jurisdicional da Fazenda Pública da Comarca de Fortaleza/CE., que em sede de ação ordinária, aforada pelo apelante contra o Estado do Ceará, a julgou improcedente por *"não vislumbrar qualquer indício de ilegalidade, bem como de cerceamento de defesa ou do direito ao contraditório no ato administrativo que resultou na demissão do autor."*.

Inconformado com a decisão "a quo" o apelante dela recorreu adunando os seguintes fundamentos:

a) insuficiência da defesa técnica durante o processo administrativo, o que resultou em sua demissão, por abandono do cargo, pois, segundo o insurgente, não fora requisitada a instrução probatória do feito pelo defensor dativo nomeado, caracterizando assim o malferimento do princípio constitucional da ampla defesa.

b) a ausência de dois requisitos básicos para a configuração do abandono de emprego – o lapso de tempo com ausência injustificada ao serviço – de natureza objetiva e a intenção de abandonar – de natureza subjetiva;

c) a não comprovação, pelo ente estatal, do esgotamento de todas as diligências necessárias a fim de se realizar a citação do servidor.

Recurso recebido em ambos os efeitos.

Contrarrazões apresentadas às fls.177/190.

Parecer da douta Procuradoria Geral de Justiça, oportunidade em que sugere, em primeiro lugar o não conhecimento do recurso em face de sua intempestividade, todavia se este for conhecido que lhe seja negado provimento, mantendo-se integralmente a decisão de primeiro grau.

É o simples relato.

VOTO

1. ADMISSIBILIDADE.

A Procuradoria Geral de Justiça, em seu lúcido parecer entende que o presente recurso não deve ser conhecido, por ser intempestivo, esclarecendo que a publicação do "decisum" ocorreu em 15 de abril de 2009 (fls. 161/62), todavia somente em 04 de maio de 2009 fora o interposto o vertente recurso de apelação - bem além do prazo de 15 dias previsto no artigo 508 do CPC. Não obstante, tal entendimento não

procede, porquanto, a publicação ocorreu no dia 15 de abril, começando a correr o prazo no dia 16, terminando no dia 30 do referido mês, mesmo dia da apresentação do recurso, conforme timbre grifado às fls. 164.

Os autos é que foram devolvidos somente no dia 04 de maio, fato que gerou equívoco por parte do "Parquet", razão por que conheço do recurso em face de que além de ser tempestivo reúne os demais requisitos que chancelam sua admissibilidade.

2. FUNDAMENTOS

O primeiro fundamento fático-jurídico elencado pelo apelante diz respeito a insuficiência da defesa técnica do defensor dativo nomeado durante o processo administrativo que resultou na sua demissão, por abandono de cargo.

Várias diligências foram feitas para localização do apelante, culminando sua citação por edital e, finalmente a nomeação do Dr. Pedro Nolasco dos Santos, como defensor dativo, que, por sua vez ofertou defesa prévia e razões finais. Não vislumbro inércia ou algum fato que maculem a defesa técnica. Não procede o suscitado fundamento de nulidade do processo administrativo por deficiência de defesa, porquanto, o defensor compareceu aos autos patrocinando todos os atos condizentes com a condição de defensor do apelante.

A orientação do Superior Tribunal de Justiça é no sentido de que, no âmbito do controle jurisdicional do processo administrativo disciplinar, compete ao Poder Judiciário apreciar apenas a regularidade do procedimento, à luz dos princípios do contraditório, da ampla defesa e do devido processo legal, sendo-lhe vedada a incursão que não seja pertinente à regularidade do procedimento, bem como, à legalidade do ato demissionário.

O Mestre Miguel Seabra Facundes, na sua obra "O Controle dos Atos Administrativos pelo Poder Judiciário, 8ª ed, atualizada até 2010, pág. 179", ensina que: *"Pela necessidade de subtrair a Administração Pública a uma prevalência do Poder Judiciário, capaz de diminuí-la, ou até mesmo anulá-la em sua atividade peculiar, põem-se restrições à apreciação jurisdicional dos atos administrativos, no que respeita à extensão e consequências. Quanto à extensão, restringe-se o pronunciamento jurisdicional à apreciação do ato, no que se refere à conformidade com a lei. Relativamente às consequências, limita-se a lhe negar efeito em cada caso especial. Por isso, o pronunciamento do órgão jurisdicional nem analisa o ato do Poder Executivo, em todos os seus aspectos, nem o invalida totalmente"*.

Assim, examinando as peças de defesa, não vejo nenhuma deficiência formal que a macule, não se podendo exigir do defensor que requeira produção de prova se o acusado ausente não lhe adminiculou, e, sobretudo, à evidência da prova já fartamente produzida.

O segundo fundamento diz respeito ao binômio tempo do abandono do emprego e a intenção de abandoná-lo, ou seja, da legalidade ou não do ato demissionário.

Ao examinar toda a documentação carreada para os autos, em apreço, pinço as seguintes informações:

a) Em agosto de 1997, o Bel. Antônio Mendes Antunes, Delegado de Polícia Civil, lotado 10ª Delegacia Distrital, informa que o servidor Roberto Rebouças Antunes foi designado para exercer suas atividades naquela Delegacia, portando uma portaria datada de 15 de maio de 1995, dizendo ser pessoa doente, portanto, não tinha condições de trabalhar, esclarecendo, na oportunidade que iria procurar o DRH a fim de ser apresentado ao IPEC e, não mais retornando à repartição, não constando seu nome no boletim de frequência (fls.19).

b) O departamento de Recursos Humanos certifica que, na verdade, Roberto Rebouças, Escrivão de Polícia, fora designado para exercer seu "munus" na 10ª Delegacia Distrital de Polícia, mas, que em virtude de suas ausências ao trabalho referente aos meses maio, junho e julho, seus cheques foram bloqueados à míngua de frequência, adiantando mais em sua ficha funcional não consta que o mesmo estivesse de licença.

c) Em 26 de março de 1998 foi publicada Portaria para instauração do competente Processo Administrativo para apuração do abandono de cargo por parte do sr. Roberto Rebouças Antunes(doc., n. 04).

d) O presidente da Comissão determina dia e hora para interrogatório, comandando a intimação do servidor, ofício datado em 18 de janeiro de 1999 (doc., de fls. 40).

e) Dr. Helder Mesquita Corregedor Geral da Polícia informa que está devolvendo o mandado de intimação uma vez não foi possível localizar Roberto Rebouças Antunes, apesar de várias diligências efetuadas (doc., de fls.42).

f) Às fls.51, há informação que a audiência previamente marcada para oitiva do indiciado não se realizou em face de sua ausência, apesar de várias diligências, inclusive o informe da Corregedoria de que o mesmo não mais reside no endereço constante dos autos.

g) Citação por edital - 18 de março de 1999, doc., de fls. 53. Não atendendo ao reclame oficial, foi decretada a revelia do indiciado, contudo, lhe fora nomeado defensor dativo o Dr. Pedro Nolasco dos Santos (doc., de fls. 57).

h) Às fls. 59, demora a defesa prévia ofertada pelo defensor nomeado. Razões finais às fls. 63. Em 26 de abril de 2000, o processo administrativo fora concluído tendo sido recomendada a demissão do apelante pela comissão processante (fls. 68).

i) O Secretário De Segurança Pública e Defesa da Cidadania acata o relatório o submete ao Governador do Estado do Ceará, em 05 de julho de 2000 (fls. 71).

j) Em 06 de novembro de 2000, ocorreu a publicação do Ato que demitiu o apelante, assinado pelo Governador do Estado (fls. 79).

Em dois de outubro de 2001, o apelante ajuíza a presente ação ordinária reintegratória. Como se nota, de agosto de 1997 a outubro de 2001, mais de quatro anos que o apelante não comparece ao trabalho, portanto, o requisito objetivo restou comprovado. A intenção de abandonar ao cargo, também, restou evidenciada, pela

falta de sensibilidade em procurar a repartição para justificar suas faltas, nem mesmo o bloqueio dos seus salários fora motivo suficiente para atraí-lo para reivindicação dos seus direitos.

Todos os esforços possíveis foram feitos com o fito localizar o apelante para trazê-lo à órbita do processo administrativo, sem, êxito, como se observa dos documentos entranhados aos autos.

Nesse diapasão decidiu o colendo Superior Tribunal de Justiça:

> MANDADO DE SEGURANÇA. SERVIDOR PÚBLICO. MÉDICO. INASSIDUIDADE HABITUAL. ART. 132, II DA LEI 8.112/90. PENA DE DEMISSÃO. ALEGAÇÃO DE CERCEAMENTO DE DEFESA. REVELIA. NOMEAÇÃO DE DEFENSOR DATIVO. PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR FORMALMENTE REGULAR. CUMPRIMENTO DO PRAZO DE CONCLUSÃO. OBSERVÂNCIA DE TODOS OS POSTULADOS CONSTITUCIONAIS APLICÁVEIS À ESPÉCIE. ORDEM DENEGADA. […] 6. A conduta infracional de inassiduidade habitual, caracterizada pelas faltas injustificadas no período de 60 dias interpolados em até 12 meses, pressupõe o *animus* de se ausentar do serviço, aferível pela ausência de apresentação de justificativa para a falta ao serviço; apenas se houver causa justificável para a ausência ao trabalho, fica descaracterizado o dolo específico da inassiduidade habitual. 7. A sanção punitiva em causa decorreu de atividade administrativa do Poder Público que respeitou, com estrita fidelidade, as prescrições relativas à exigência de regularidade formal do procedimento disciplinar e à observância de todos os postulados constitucionais aplicáveis a espécie, mormente o da proporcionalidade e da razoabilidade, vez que a conduta apurada é grave e possui a demissão como sanção disciplinar a ela cominada (art. 132, II da Lei 8.112/90). 8. Ordem denegada. (STJ; MS 13340/DF, Relator(a): Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 13/05/2009, DJe 04/06/2009).

DISPOSITIVO

Assim, não vislumbro qualquer ilegalidade no ato de demissão, bem como, não vejo qualquer mácula no procedimento que o precedeu, oportunidade em que fora dada ao apelante toda a oportunidade de defesa ampla e irrestrita, razão por que entendo que não merece censura a bem lançada sentença de primeiro grau.

É como voto.

Fortaleza/CE, 6 de junho de 2011

APELAÇÃO CÍVEL Nº 676049-91.2000.8.06.0001/1 (AÇÃO ORDINÁRIA)
REMETENTE:JUIZ DE DIREITO DA 3ª VARA DA FAZENDA PÚBLICA DE FORTALEZA
AUTOR: ALEXANDRE GONÇALVES LOPES E OUTROS
RÉU: MUNICÍPIO DE FORTALEZA
APELAÇÃO CÍVEL Nº 668755-85.2000.8.06.0001/1 (AÇÃO CAUTELAR)
REMETENTE:JUIZ DE DIREITO DA 3ª VARA DA FAZENDA PÚBLICA DE FORTALEZA
APELANTE: MUNICÍPIO DE FORTALEZA
APELADOS: ALEXANDRE GONÇALVES LOPES E OUTROS
APELAÇÃO CÍVEL Nº 737335-70.2000.8.06.0001/1 (AÇÃO ORDINÁRIA)
APELANTE:MUNICÍPIO DE FORTALEZA
APELADOS:ALEXANDRE GONÇALVES LOPES E OUTROS
RELATOR: DESEMBARGADOR ADEMAR MENDES BEZERRA

EMENTA: CONSTITUCIONAL E TRIBUTÁRIO. AÇÕES CAUTELAR E ORDINÁRIAS. IMPOSTO DE TRANSMISSÃO *INTER VIVOS*. CONTRATO DE PERMUTA DE IMÓVEIS (TERRA NUA). POSTERIOR CONSTRUÇÃO DE EDIFÍCIOS EDILÍCIOS. BENFEITORIAS ERIGIDAS PELOS ADQUIRENTES. SÚMULAS 110 E 470 DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. EXCLUSÃO DA HIPÓTESE DE INCIDÊNCIA, QUE DEVE SE REPORTAR À ALIENAÇÃO DOS TERRENOS. FATO GERADOR DO ITBI. MOMENTO: TRANSCRIÇÃO DO TÍTULO AQUISITIVO NO REGISTRO DE IMÓVEIS. BASE DE CÁLCULO: VALOR DE MERCADO DOS IMÓVEIS APURÁVEL QUANDO DO REGISTRO DOS TÍTULOS DE TRANSMISSÃO.

I – A permuta de terrenos e a posterior contratação, pelos adquirentes, de empresa especializada em construção de edifício de apartamentos, traz à conclusão de que a acessão física erigida em terra nua não se encontra apta à incidência do ITBI, mas somente a efetiva transmissão imobiliária *inter vivos* e que compreende, apenas, os terrenos alienados. Constata-se, pois, que a acessão física não é fato gerador do ITBI, assim como não houve aquisição e transmissão de unidades autônomas do prédio construído mediante contratação e esforço financeiro dos permutantes.

II – Aplicação das Súmulas 110 e 470 do STF.

III - Segundo preveem os artigos 530, I, 531, 533 e 534 do Código Beviláqua, assim como as regras substantivas do Código de 2002 (arts. 1.245 e 1.246), a propriedade imobiliária é transmitida com a transcrição do título aquisitivo no Registro do imóvel, por ato *inter vivos*.

IV – A base de cálculo do ITBI é apurável no momento do registro dos títulos de transmissão e de acordo com o valor de mercado de cada imóvel (terra nua) na oportunidade. Tópico que reflete a reforma da sentença, que entendia aplicável o valor venal para fins de incidência do IPTU.
V – Precedentes da Segunda Câmara do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará.
Remessas obrigatórias e apelações cíveis conhecidas e improvidas as de número 668755-85.2000.8.06.0001/1 e 676049-91.2000.8.06.0001/1; provido recurso voluntário nº 737335-70.2000.8.06.0001/1, com inversão dos ônus sucumbenciais.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os recursos obrigatórios e as apelações cíveis nº 676049-91.2000.8.06.0001/1 (Ação Ordinária), 668755-85.2000.8.06.0001/1 (Ação Cautelar) e 737335-70.2000.8.06.0001/1 (Ação Ordinária), em que figuram as partes acima indicadas, acordam os Desembargadores integrantes da Segunda Câmara Cível do egrégio Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, à unanimidade, em conhecer dos recursos em referência, improver os lançados nos dois primeiros autos e prover o de nº 737335-70.2000.8.06.0001/1.

Fortaleza, 23 de março de 2011.

RELATÓRIO

Alexandre Gonçalves Lopes e sua mulher e outros, ajuizaram ação cautelar e, posteriormente, ações ordinárias contra o Município de Fortaleza alegando que formaram dois condomínios fechados edificados sob o regime de administração, denominados Condomínio Edifício Canoas e Condomínio Edifício Laguna e celebraram, através da sociedade empresarial Reata Engenharia Ltda, com Expedito Leite de Sousa e com José Maria da Costa, um contrato de permuta, prevendo, após a edificação dos nomeados prédios, que os permutantes receberiam outras unidades imobiliárias, devidamente discriminadas no contrato vigente entre as partes.

Aduzem, na prefacial cautelar, que os imóveis se encontram representados pelas matrículas de numeração 17.563 e 14.474 do Cartório de registro imobiliário da 4ª Zona de Fortaleza e 11.368 do CRI da 1ª Zona desta Comarca. Reforçam os autores, que, como contrapartida, os promitentes compradores assumiram a responsabilidade de construir um prédio de apartamentos e destinar sete unidades imobiliárias autônomas aos promitentes vendedores.

Sustentam que a promessa de compra envolveu diretamente as pessoas físicas que firmaram o negócio jurídico, havendo a transferência da titularidade dos terrenos e não da edificação, que sequer existia no momento da pactuação.

Apontam que o Município de Fortaleza exigiu, para regularizar a

transferência legal das propriedades, que se efetuasse o recolhimento antecipado do Imposto de Transmissão *Inter Vivos* antes que os títulos de propriedade imobiliária fossem registrados no cartório de imóveis competente. Afirmam que o ITBI possui como hipótese de incidência a transmissão consumada da propriedade do imóvel.

Informam que o Município de Fortaleza além de criar vários obstáculos à regularização dos imóveis, ao exigir o pagamento do ITBI de forma antecipada, ou seja, antes de serem lavradas as escrituras públicas e efetivadas as transcrições no CRI competente, ainda inocorrentes os respectivos fatos geradores, exigir, também, que o nomeado tributo tenha como base de cálculo o valor de cada imóvel permutado acrescido de suas benfeitorias, situação esta que contraria o entendimento legal e jurisprudencial segundo o qual o imposto de transmissão *inter vivos* incide exclusivamente sobre o valor venal do imóvel no exato momento em que se deu a sua transferência.

Expostos os fatos, os autores fundamentaram o direito postulado nos arts. 156, II, da CF/1988, nos arts. 35, 114 , 105 e 106 do Código Tributário Nacional e 533, 1.245 e 1.246 do Código Civil de 2002, defendendo que na situação em julgamento a obrigação tributária teve o seu nascedouro no momento em que o instrumento contratual de permuta foi firmado, pois, a partir deste momento tornou-se possível as transferências das propriedades dos imóveis.

Arguem que a base de cálculo do tributo só pode levar em consideração o valor dos imóveis na data da assinatura do respectivo pacto e não a quantia equivalente a cada apartamento, em razão da obra já estar concluída, nos termos do art. 199 do Decreto municipal nº 9.757/1995.

Transcrevem vários excertos doutrinários, jurisprudenciais e sumulares, postulando a suspensão da cobrança do ITBI ou de qualquer outro ato do Município de Fortaleza tendente a exigir o recolhimento do mencionado tributo, antes que ocorram as efetivas transmissões das propriedades imobiliárias por ocasião dos registros dos títulos aquisitivos nos cartórios competentes, intimando-se, de tais atos, o notário do 1º Ofício de Notas de Fortaleza e o tabelião do 4º CRI desta Comarca para que procedam à lavratura das escrituras públicas e, posteriormente, ao registro dos imóveis, independentemente da apresentação da guia de ITBI emitida pela Secretaria de Finanças do Município de Fortaleza.

A petição inicial da lide cautelar foi instruída com os documentos de fls. 19 *usque* 762.

A medida liminar postulada na ação cautelar foi concedida por meio da decisão de fls. 767/768 e retificada pela decisão de fls. 774/775 em virtude da existência de erro material.

O Município de Fortaleza juntou cópia da petição de agravo de instrumento (fls. 777/789), efetuando, o reitor do feito, juízo negativo de retratação (fl. 790).

Em seguida, os promoventes ajuizaram a ação principal, autuada sob a numeração 676049-91.2000.8.06.0001, conforme petição inicial de fls. 02/16, na qual repetem a exposição fática e jurídica contida na lide acessória, apontando, ainda que o Decreto municipal nº 10.827/2000 (Consolidação das Leis Tributárias do Município de Fortaleza), nos seus arts. 169, 179 e 183, ampliou a hipótese de incidência do ITBI, prevendo, ainda, a forma antecipada e como condição indispensável à inscrição da propriedade imobiliária no registro competente.

Requereram a outorga da prestação jurisdicional para o fim de declarar a inexistência da relação jurídica ensejadora da cobrança do Imposto de Transmissão *Inter Vivos* antes que ocorra a efetiva transmissão das propriedades dos imóveis pertencentes aos autores, por ocasião dos registros dos títulos aquisitivos no Cartório imobiliário competente.

A lide ordinária foi aparelhada com os documentos de fls. 19/766.

Defesas do promovido às fls. 792/801 do processo cautelar e fls. 776/786 da ação ordinária.

O Município de Fortaleza sustenta que a controvérsia encontra solução no art. 116, II, do CTN, que considera os fatos geradores ocorridos e existentes os seus efeitos desde o momento em que a situação esteja definitivamente constituída através da formalização do negócio, aplicando-se a lei tributária, de forma imediata, às hipóteses de incidência. Fundamenta a defesa municipal, ainda, no art. 117 e seu inc. II do Código Tributário Nacional e nos arts. 169, I, e 175 da Consolidação da Legislação Tributária do Município (Decreto nº 10.827/2000).

Afirma que há, no caso concreto, dois momentos distintos para a incidência do ITBI, sendo o primeiro na celebração do contrato de permuta dos imóveis para a empresa Reata Engenharia Ltda e para Jayme de Sousa Leitão, ensejando o fato gerador sobre o valor dos terrenos; e, o segundo, quando das assinaturas das promessas de compra e venda/adesões dos autores ao ato de constituição dos condomínios de construção dos edifícios Laguna e Canoas, ocasião em que o tributo passa a ser devido em face da acessão física (cada unidade autônoma do prédio de apartamentos). Requereu a improcedência dos pedidos formulados nas ações judiciais em processamento.

Defende que nos termos do art. 194, I, do Decreto municipal nº 9.757/1995: "o imposto sobre transmissão onerosa de bens imóveis por atos inter vivos tem como fato gerador: I – a transmissão, a qualquer título, da propriedade ou domínio útil de bens imóveis por natureza ou acessão física, como definidos em lei".

Réplicas às fls. 803/810 da lide cautelar e fls. 788/795 e 264/274 dos processos principais.

Expediente relatorial requisitando informações para servirem de fundamento ao agravo de instrumento (fls. 812/825), respondido por meio do ofício de fls. 826/827 encartado no processo acessório.

Os mesmos autores propuseram uma terceira lide, registrada sob o nº 737335-70.2000.8.06.0001, na qual pretendem que o cálculo do ITBI deve obedecer o valor venal dos imóveis que foram objeto da transação antes identificada, utilizando, para tanto, a mesma base de cálculo adotada para fins de incidência do IPTU. Sustentam que esse direito está assegurado no art. 38 do CTN e no art. 174, I, da Legislação Tributária do Município de Fortaleza, afirmando, ainda, que não se devem considerar as construções, portanto, benfeitorias, erigidas pelos adquirentes/autores, tal como preveem as Súmulas 110 e 470 do Supremo Tribunal Federal.

A inicial foi aparelhada com os documentos de fls. 20 a 225.

Às fls. 227/234 o Juiz da causa antecipou os efeitos da tutela jurisdicional para o fim de determinar ao agente arrecadador do município de Fortaleza a expedição das guias de recolhimento do ITBI dos imóveis relacionados na inicial tomando-se como base o valor dos terrenos nos quais os prédios foram edificados.

Contestação às fls. 235/246, seguida de cópia da petição de agravo de instrumento (fls. 248/262).

A interlocutória foi mantida (fl. 263).

Pareceres do Ministério Público de primeiro grau às fls. 829/833 do processo cautelar e às fls. 799/803 da ação ordinária, opinando pela procedência dos pedidos.

Sentenças proferidas às fls. 835/846 dos autos cautelares e às fls. 805/815 e fls. 281/282 do processo principal, julgando procedentes os pedidos autorais, para o fim de declarar, em favor dos promoventes, "a inexistência da relação jurídico-tributária-obrigacional dos autores relativamente à cobrança sobre a transmissão *inter vivos* – ITBI – por antecipação, ou seja, antes que ocorra a efetiva transmissão das propriedades mobiliárias mencionadas na exordial e o consequente registro das mesmas no Cartório de Registro de Imóveis competente". Na lide acessória, a sentença tornou "definitiva a medida liminar deferida em favor dos autores em caráter *initio litis*, como forma de preservar a utilidade do provimento jurisdicional de mérito".

No processo nº 737335-70.2000.8.06.0001 decretou a extinção do processo sem análise do mérito (fls. 281/282), mas, em sentença integrativa de fls. 289/293, foram acolhidos os embargos declaratórios dos autores para julgar procedente a ação.

A sentença proferida no processo ordinário condenou o réu ao pagamento de honorários advocatícios sucumbenciais no valor de mil reais.

Houve recursos oficiais.

O Município de Fortaleza interpôs recurso apelatório nos autos cautelares (fls. 849/863) e na lide ordinária de nº 737335-70.2000.8.06.0001, (fls. 296/310), nada apresentando na outra ação ordinária (certidão de fl. 818), objetivando a reforma da sentença de primeiro grau. Alega o apelante que o imposto de transmissão deve incidir quando da transferência da posse dos terrenos permutados e quando das transferências para os adquirentes individuais, tomando-se como parâmetro o valor do bem acrescido das benfeitorias existentes no momento do registro, equivalentes ao valor das unidades residenciais imobiliárias (apartamentos).

Nos autos de numeração 737335-70.2000.8.06.0001 o apelante sustenta que a técnica de condicionar a inscrição no cartório competente à comprovação do pagamento do ITBI é medida de exigibilidade, assecuratória do pagamento do tributo municipal, com previsão no CTN e na Lei de Registros Públicos, sendo constitucional a exigência de quitação do tributo para se proceder ao translado do título aquisitivo de propriedade no registro de imóveis. Sustenta que não é cabível o pagamento do ITBI sobre a fração ideal, devendo recair sobre o valor venal dos imóveis com todas as benfeitorias neles existentes.

Contrarrazões às fls. 313/324.

Em seguida, o Juiz da causa determinou que o representante do Ministério Público fosse cientificado acerca das sentenças, determinando, em seguida, que os cadernos processuais fossem remetidos ao Tribunal *ad quem* (fls. 864 dos fólios cautelares).

Ascendidos à instância *ad quem*, foram os autos com vista à Procuradoria-Geral de Justiça, cuja promoção acostada no processo acessório é no sentido de que os autos devem retornar à instância de origem para que os recorridos sejam intimados

acerca da apelação, nos termos do art. 518 do CPC (fls. 882/885), o que foi cumprido por conduto do despacho de fl. 887.

A falta processual verificada na cautelar foi suprida por meio do oferecimento da contrariedade de fls. 889/895

Nas contrarrazões dos autores apresentadas em segundo grau, ventilam que o ITBI não incide sobre promessa de compra e venda, constituindo o fato gerador do tributo a efetiva transferência da propriedade com o registro no cartório imobiliário, não sendo cabível exigir o imposto em momento anterior. Reforça a tese segundo a qual o fato gerador do ITBI foi a permuta dos imóveis, devendo a base de cálculo do ITBI recair sobre o valor venal da transação efetivada na ocasião, sendo incabível cogitar-se em duas hipóteses de incidência para o caso em comento. Entendem aplicáveis as Súmulas nºs. 110 e 470 do Supremo Tribunal Federal.

No fascículo ordinário de nº 676049-91.2000.8.06.0001 a manifestação do *Parquet* de segundo grau é no sentido da desnecessidade da sua intervenção nos autos (fls. 840/845), manifestando-se, de forma idêntica, nos fólios de nº 737335-70.2000.8.06.0001 (fls. 345/350).

Já o pronunciamento da PGJ vertido na apelação cível nº 668755-85.2000.8.06.0001, repousante às fls. 899/904 é pelo improvimento dos recursos e pela manutenção das sentenças proferidas em primeiro grau de jurisdição.

É o relatório.

VOTO

Cumpre salientar que os recursos atendem aos requisitos intrínsecos e extrínsecos de admissibilidade, merecendo conhecimento.

No mérito, o ponto controvertido respeita aos fatos geradores do imposto sobre transmissão de bens *inter vivos* incidentes sobre as alienações, a título de permuta, dos imóveis discriminados nas matrículas acostadas nos autos.

Com efeito, segundo os instrumentos particulares que embasam as pretensões entremostram que os autores contrataram a construção sob regime de administração dos edifícios Canoas e Laguna, segundo o qual, a contratada Reata Engenharia Ltda obrigou-se a erigir os mencionados prédios em terrenos de propriedade de Expedito Leite de Sousa (matrícula nº 17.563 do 4º CRI de Fortaleza – fls. 164 e seguintes) e de José Maria da Costa (matrícula nº 23.986 do 4º CRI de Fortaleza – fls. 190 e seguintes).

Os instrumentos obrigacionais (fls. 601/615 – Condomínio Canoas – e fls. 636/650), firmados pelos condôminos dos respectivos condomínios de construção, previram, em cláusula primeira, a contratação da Reata Engenharia Ltda para administrar a construção dos condomínios Canoas e Laguna, sob remuneração (cláusula 1.5), cabendo aos contratantes o pagamento dos custos das obras.

E, mencionada cláusula 1.5 dos pactos, atribuiu-se aos condôminos/adquirentes a responsabilidade financeira pelas despesas diretas e indiretas que fossem correlatas, decorrentes ou derivadas das obras contratadas, que foram erigidas, dia a dia, com as forças dos desembolsos pecuniários efetuados por cada membro dos respectivos condomínios de construção.

A partir de então, os edifícios começaram a ser erguidos, considerando-se que anteriormente à pactuação os imóveis constituíam-se de terra nua ou de edificações residenciais que foram demolidas, passando a receber as benfeitorias construídas e financiadas pelos adquirentes dos imóveis, transformando-se, por acessão física posterior às permutas, em dois prédios de apartamentos residenciais.

Ressalte-se que as acessões físicas não constituem fato gerador do Imposto sobre a Transmissão de Bens Imóveis *inter vivos* e, também, que, com as obras contratadas pelos condomínios de construção, não houve transmissão de unidades autônomas do prédio construído com os recursos financeiros dos autores.

Há hipótese de incidência de ITCD para cada um dos dois imóveis (matrículas nº 17.563 e 23.986, ambas do 4º CRI de Fortaleza) quando da futura alienação das frações ideais os terrenos quando realizados após os registros de fls. 164/166 e 190/191 ou em relação a adquirentes que não se encontram inseridos dentre aqueles que formaram os condomínios de construção dos edifícios Laguna e Canoas.

Os verbetes 110 e 470 da súmula de jurisprudência do Supremo Tribunal Federal trazem a solução que a questão jurídica apresenta:

> Súmula 110:
> O IMPOSTO DE TRANSMISSÃO "INTER VIVOS" NÃO INCIDE SOBRE A CONSTRUÇÃO, OU PARTE DELA, REALIZADA PELO ADQUIRENTE, MAS SOBRE O QUE TIVER SIDO CONSTRUÍDO AO TEMPO DA ALIENAÇÃO DO TERRENO.
>
> Súmula 470:
> O IMPOSTO DE TRANSMISSÃO "INTER VIVOS" NÃO INCIDE SOBRE A CONSTRUÇÃO, OU PARTE DELA, REALIZADA, INEQUIVOCAMENTE, PELO PROMITENTE COMPRADOR, MAS SOBRE O VALOR DO QUE TIVER SIDO CONSTRUÍDO ANTES DA PROMESSA DE VENDA.

Há de se ressaltar que em relação à construção, ou acessão física, repita-se, não se constitui fato gerador de ITBI, houve a incidência do Imposto Sobre Serviços e do Imposto sobre Circulação de Bens e Serviços.

Por este motivo, veda-se a dupla incidência de ITBI pretendida pelo Município de Fortaleza, pois somente há um fato gerador para cada terreno alienado, excluindo-se a postulação de cobrança do mencionado tributo sobre o valor dos apartamentos, pois, como provado, tais unidades imobiliárias foram erigidas pelos próprios adquirentes e titulares dos condomínios de construção dos Edifícios Laguna e Canoas após as pactuações efetuadas com os promitentes vendedores, inexistindo transmissão imobiliária incidente sobre cada unidade autônoma.

Outro questionamento atinente ao momento em que ocorre a hipótese de incidência do ITBI, que é o do registro imobiliário e não o da assinatura da promessa de compra e venda.

A Constituição Federal ao estabelecer a repartição das competências tributárias, assim prevê:

> Art. 156. Compete aos Municípios instituir impostos sobre:
>
> II – transmissão *inter vivos,* a qualquer título, por ato oneroso, de bens imóveis, por natureza ou acessão física, e de direitos reais sobre imóveis, exceto os de garantia, bem como cessão de direitos à sua aquisição.

O art. 530, I, do Código Civil de 1916 dispõe que a aquisição da propriedade imóvel adquire-se "pela transcrição do título de propriedade no Registro do Imóvel", estabelecendo, ainda, os arts. 531, 533 e 534 do mencionado diploma legal, que:

> Art. 531. Estão sujeitos à transcrição, no respectivo Registro, os títulos translativos da propriedade imóvel, por ato entre vivos.
>
> Art. 533. Os atos sujeitos à transcrição (arts. 531 e 532, II e III) não transferem o domínio, senão da data em que se transcreverem (arts. 856 e 860, parágrafo único).
>
> Art. 534. A transcrição datar-se-á do dia em que se apresentar o título ao oficial do registro, e este o prenotar no protocolo.

Já o Código Civil de 2002, vigente a partir de janeiro de 2003, estabelece, nos arts. 1.245 e 1.246, disposições similares às retro transcritas:

> Art. 1.245. Transfere-se entre vivos a propriedade mediante o registro do título translativo no Registro de Imóveis.
>
> §1º. Enquanto não se registrar o título translativo, o alienante continua a ser havido como dono do imóvel.
>
> Art. 1.246. O registro é eficaz desde o momento em que se apresentar o título ao oficial do registro, e este o prenotar no protocolo.

Conclui-se que a transmissão da propriedade imóvel por ato *inter vivos* ocorre com a transcrição do título translativo perante o Registro do Imóvel, transferindo o domínio a partir da data em que efetivamente for transcrito, datando-se, porventura, do dia em que for apresentado ao oficial de registro de imóveis.

A jurisprudência do Tribunal Constitucional e da Corte Uniformizadora Infraconstitucional entende que a transmissão da propriedade por ato oneroso e *inter vivos* não decorre dos títulos particulares de compra e venda ou de cessão de direitos, mas quando do registro do documento translativo no Cartório de Imóveis, segundo arestos pertinentes:

> IMPOSTO SOBRE A TRANSMISSAO DE BENS IMÓVEIS E DE

DIREITOS A ELES RELATIVOS. FATO GERADOR. O COMPROMISSO DE COMPRA E VENDA E A PROMESSA DE CESSÃO DE DIREITOS AQUISITIVOS, DADA A SUA NATUREZA DE CONTRATOS PRELIMINARES NO DIREITO PRIVADO BRASILEIRO, NÃO CONSTITUEM MEIOS IDÔNEOS À TRANSMISSÃO, PELO REGISTRO, DO DOMÍNIO SOBRE O IMÓVEL, SENDO, PORTANTO, INCONSTITUCIONAL A NORMA QUE OS ERIGE EM FATO GERADOR DO IMPOSTO SOBRE A TRANSMISSÃO DE BENS IMÓVEIS E DE DIREITOS A ELES RELATIVOS. REPRESENTAÇÃO JULGADA PROCEDENTE, DECLARANDO-SE A INCONSTITUCIONALIDADE DO INCISO VII DO ART. 89 DO DECRETO-LEI N. 5, DE 15 DE MARCO DE 1975, COM A REDAÇÃO QUE LHE DEU O DECRETO-LEI N. 413, DE 13 DE FEVEREIRO DE 1979, AMBOS DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO. (Rp 1211, Rel. Min. OCTAVIO GALLOTTI, 1ª Turma, DJ 05-06-1987 PP-11112 EMENT VOL-01464-01 PP-00015)

PROCESSUAL CIVIL – ALEGAÇÃO GENÉRICA DE VIOLAÇÃO DO ART. 535 DO CPC – SÚMULA 284/STF – JULGAMENTO *EXTRA PETITA* – NÃO-OCORRÊNCIA – TRIBUTÁRIO – ITBI – PROMESSA DE COMPRA E VENDA – FATO GERADOR – NÃO-INCIDÊNCIA – PRECEDENTES.

(...)

3. Na hipótese dos autos, a Corte de origem firmou entendimento assente na jurisprudência no sentido de que a promessa de cessão de direitos à aquisição de imóvel não é fato gerador de ITBI. Precedentes.

Agravo regimental improvido. (AgRg no REsp 982625/RJ, Rel. Min. HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, DJe 16/06/2008)

PROCESSUAL CIVIL. VIOLAÇÃO DO ART. 535 DO CPC. INOCORRÊNCIA.(TRIBUTÁRIO. ITBI. DIFERENCIAÇÃO DE ALÍQUOTAS E PROGRESSIVIDADE. FATO GERADOR. PROMESSA DE COMPRA E VENDA RESCINDIDA)

1. O fato gerador do ITBI é o registro imobiliário da transmissão da propriedade do bem imóvel motivo pelo qual não incide referida exação sobre o registro imobiliário de escritura de resilição de promessa de compra e venda, contrato preliminar que poderá ou não se concretizar em contrato definitivo.

2. Inexiste ofensa ao art. 535 do CPC, quando o Tribunal de origem, embora sucintamente, pronuncia-se de forma clara e suficiente sobre a questão posta nos autos. Ademais, o magistrado não está obrigado a rebater, um a um, os argumentos trazidos pela parte, desde que os fundamentos utilizados tenham sido suficientes para embasar a decisão.

3 Agravo Regimental desprovido. (AgRg no AgRg no REsp 764808/MG, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA TURMA, DJ 12/04/2007 p. 217)

TRIBUTÁRIO. IMPOSTO DE TRANSMISSÃO INTER VIVOS. BASE

> DE CÁLCULO. VALOR VENAL DO BEM. VALOR DA AVALIAÇÃO JUDICIAL. VALOR DA ARREMATAÇÃO.
> I - O fato gerador do ITBI só se aperfeiçoa com o registro da transmissão do bem imóvel. Precedentes: AgRg no Ag nº 448.245/DF, Rel. Min. LUIZ FUX, DJ de 09/12/2002, REsp nº 253.364/DF, Rel. Min. HUMBERTO GOMES DE BARROS, DJ de 16/04/2001 e RMS nº 10.650/DF, Rel. Min. FRANCISCO PEÇANHA MARTINS, DJ de 04/09/2000. Além disso, já se decidiu no âmbito desta Corte que o cálculo daquele imposto "há de ser feito com base no valor alcançado pelos bens na arrematação, e não pelo valor da avaliação judicial" (REsp. n.º 2.525/PR, Rel. Min. ARMANDO ROLEMBERG, DJ de 25/6/1990, p. 6027). Tendo em vista que a arrematação corresponde à aquisição do bem vendido judicialmente, é de se considerar como valor venal do imóvel aquele atingido em hasta pública. Este, portanto, é o que deve servir de base de cálculo do ITBI.
> II - Recurso especial provido. (REsp 863893/PR, Rel. Ministro FRANCISCO FALCÃO, PRIMEIRA TURMA, DJ 07/11/2006 p. 277)
>
> AGRAVO REGIMENTAL. TRIBUTÁRIO. ITBI. FATO GERADOR. CONTRATO DE PROMESSA DE COMPRA E VENDA. RESILIÇÃO CONTRATUAL. NÃO-INCIDÊNCIA.
> 1. A jurisprudência do STJ assentou o entendimento de que o fato gerador do ITBI é o registro imobiliário da transmissão da propriedade do bem imóvel. Somente após o registro, incide a exação.
> 2. Não incide o ITBI sobre o registro imobiliário de escritura de resilição de promessa de compra e venda, contrato preliminar que poderá ou não se concretizar em contrato definitivo.
> 3. Agravo regimental desprovido. (AgRg no Ag 448245/DF, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA TURMA, DJ 09/12/2002 p. 309)
>
> TRIBUTÁRIO - ITBI - PROMESSA DE COMPRA E VENDA - FATO GERADOR NÃO CARACTERIZADO.
> Promessa de compra e venda de imóvel, sem registro, não transfere a propriedade e não constitui fato gerador do ITBI (precedentes do STF e do STJ).
> Recurso improvido. (REsp 264.064/DF, Rel. Ministro GARCIA VIEIRA, PRIMEIRA TURMA, DJ 11/12/2000 p. 180)

O imposto de transmissão *inter vivos* incidente sobre a compra e venda dos mencionados imóveis terá como base de cálculo o valor venal de cada um dos terrenos no momento da transmissão, como entendeu o Juiz sentenciante nos autos de número 737335-70.2000.8.06.0001/1 (fls. 289/283), e não o valor histórico quando da pactuação por instrumento particular.

O parâmetro de cobrança do ITBI deve ter como base de cálculo o valor de mercado dos imóveis (terra nua) na época do registro da transmissão imobiliária e não o valor venal para fins de IPTU, entendimento este já cristalizado pela Segunda Câmara

Cível deste sodalício consoante acórdãos paradigmas a seguir transcritos:

> EMENTA: CONSTITUCIONAL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. INTERLOCUTÓRIA QUE DETERMINOU O PAGAMENTO DO IMPOSTO DE TRANSMISSÃO DE BENS IMÓVEIS *INTER VIVOS* COM BASE DE CÁLCULO IDÊNTICA À UTILIZADA PARA O LANÇAMENTO DO IMPOSTO PREDIAL E TERRITORIAL URBANO. IMPOSSIBILIDADE. VALOR DE MERCADO DO BEM NO MOMENTO DA ALIENAÇÃO.
> I – Embora o art. 38 do CTN disponha que a base de cálculo do ITBI é o valor venal do imóvel, entende-se que a hipótese de incidência deve ocorrer sobre o valor de mercado do bem no momento da alienação.
> (...)
> RECURSO CONHECIDO E PROVIDO. (Agravo de Instrumento nº 10086-47.2007.8.06.0000/0, rel. Desembargador Ademar Mendes Bezerra, julgado em 16/03/2011)

> Ementa: CONSTITUCIONAL E TRIBUTÁRIO. AÇÕES CAUTELAR E ORDINÁRIA. IMPOSTO DE TRANSMISSÃO INTER VIVOS. CONTRATO DE PERMUTA DE IMÓVEIS (TERRA NUA). POSTERIOR CONSTRUÇÃO DE EDIFÍCIO EDILÍCIO. BENFEITORIAS ERIGIDAS PELOS ADQUIRENTES. SÚMULAS 110 E 470 DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. EXCLUSÃO DA HIPÓTESE DE INCIDÊNCIA, QUE DEVEM SE REPORTAR À ALIENAÇÃO DOS TERRENOS. FATO GERADOR DO ITBI. MOMENTO: TRANSCRIÇÃO DO TÍTULO AQUISITIVO NO REGISTRO DE IMÓVEIS. BASE DE CÁLCULO: VALOR DE MERCADO DOS IMÓVEIS APURÁVEL QUANDO DO REGISTRO DOS TÍTULOS DE TRAMISSÃO.
> IV - A base de cálculo do ITBI é apurável no momento do registro dos títulos de transmissão e de acordo com o valor de mercado de cada imóvel (terra nua) na oportunidade. Tópico que reflete a reforma da sentença, que entendia aplicável o valor venal por ocasião da celebração do instrumento particular de permuta. Remessas obrigatórias e apelações cíveis conhecidas e providas parcialmente. (Apelação cível 558478-02.2000.8.06.0001-1, Rel. Desembargador Ademar Mendes Bezerra, Segunda Câmara Cível, julgado em 30/04/2010)

> Ementa: RECURSO. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO EM AGRAVO DE INSTRUMENTO. OMISSÃO. EXISTÊNCIA.
> 2. Em tendo restado comprovado que a avaliação do imóvel feita no ITBI é a que mais se aproxima do valor da venda, deve esta prevalecer na fixação do valor venal da propriedade.
> 5. Recurso conhecido, e provido, com aplicação de efeito infringente. (Embargos declaratórios 19354-93.2005.8.06.0001-2, Rel. Desembargador João de Deus Barros Bringel, Segunda Câmara Cível, julgado em 03/03/2009)

Neste ponto incide, ainda, a jurisprudência uniformizante do STJ:

> TRIBUTÁRIO. ITBI. BASE DE CÁLCULO. POSSIBILIDADE DE ARBITRAMENTO PELO FISCO.
> 1. Constituindo o valor venal do bem transmitido a base de cálculo do ITBI, caso a importância declarada pelo contribuinte se mostre nitidamente inferior ao valor de mercado, pode o Fisco arbitrar a base de cálculo do referido imposto, desde que atendida a determinação do art. 148, do CTN.
> 2. Recurso parcialmente conhecido e, nesta parte, improvido. (REsp 261.166/SP, Rel. Ministro JOSÉ DELGADO, PRIMEIRA TURMA, DJ 06/11/2000, p. 192)
>
> TRIBUTÁRIO. ITBI. BASE DE CÁLCULO. VALOR DE MERCADO. POSSIBILIDADE DE ARBITRAMENTO PELO FISCO.
> 1. Hipótese em que o Tribunal de origem extinguiu a Execução Fiscal por entender que a base de cálculo do ITBI deve coincidir com a do IPTU, o que foi observado pelo contribuinte.
> 2. A base de cálculo do ITBI é o valor real da venda do imóvel ou de mercado. Precedentes do STJ.
> 3. Afastada a premissa em que se fundou o acórdão recorrido, os autos devem retornar à origem para que o Tribunal aprecie se o Fisco, ao lançar o ITBI, adotou o valor de mercado.
> 4. Agravo Regimental não provido. (AgRg no Ag 1120905/SP, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, DJe 11/09/2009 RDDT vol. 170, p. 194)
>
> ITBI. BASE DE CÁLCULO. VALOR DE MERCADO. VIOLAÇÃO AOS ARTS. 535, II, E 458, II, DO CPC. INOCORRÊNCIA. PREQUESTIONAMENTO DO ART. 146 DO CTN. INOCORRÊNCIA. REEXAME DE PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL. INADMISSIBILIDADE. SÚMULA 7/STJ.
> (...)
> III - É cediço na doutrina majoritária e na jurisprudência dessa Corte que a base de cálculo do ITBI é o valor real da venda do imóvel ou de mercado, sendo que até nos casos em que não houve recolhimento, pode-se arbitrar o valor do imposto, por meio de procedimento administrativo fiscal, com posterior lançamento de ofício. Segundo HUGO DE BRITO MACHADO: em se tratando de imposto que incide sobre a transmissão por ato oneroso, tem-se como ponto de partida para a determinação de sua base de cálculo na hipótese mais geral, que é a compra e venda, o preço. Este funciona no caso, como uma declaração de valor feita pelo contribuinte, que pode ser aceita, ou não, pelo fisco, aplicando-se, na hipótese de divergência, a disposição do art. 148 do CTN. (CURSO DE DIREITO TRIBUTÁRIO, Machado, Hugo de Brito, Ed. Malheiros, 29ª Edição, p. 398)

> IV - Conforme consignado no v. acórdão, houve a devida intimação da complementação do lançamento, fato que a agravante alega não ter ocorrido. Entretanto, a análise da alegada irregularidade do procedimento administrativo fiscal demanda reexame de provas, o que é inadmissível pela via eleita do especial, a teor da Súmula 07/STJ.
> V - Agravo regimental improvido. (AgRg REsp 1057493/SP, Rel. Min. FRANCISCO FALCÃO, 1ª Turma, DJe 04/09/2008)
>
> TRIBUTÁRIO. ITBI. BASE DE CÁLCULO. LANÇAMENTO PELO FISCO. BASE DE CÁLCULO. VALOR DE MERCADO. ART. 38 DO CTN. APLICAÇÃO DE MULTA. SÚMULA 284/STF.
> 1. Na hipótese em que o contribuinte não recolhe o ITBI, afigura-se legítimo o lançamento efetuado pelo Fisco que arbitre, como base de cálculo, o valor de mercado dos bens transmitidos.
> 2. A falta de indicação do dispositivo legal supostamente contrariado, por não permitir a compreensão de questão infraconstitucional hábil para viabilizar o trânsito do recurso especial, atrai o óbice previsto na Súmula n. 284/STF.
> 2. Recurso parcialmente conhecido e, nessa parte, não-provido. (REsp 210.620/SP, Rel. Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, SEGUNDA TURMA, DJ 27/06/2005, p. 308)

Por este motivo, reforma-se a sentença proferida nos autos de número 737335-70.2000.8.06.0001/1, complementando-a para explicitar que a base de cálculo para a incidência do ITBI de cada imóvel alienado aos autores corresponde ao valor venal de cada um deles, mas que este se encontra atrelado ao valor de mercado no momento do registro perante o cartório de imóveis, afastando-se, para este fim, a utilização da avaliação para efeito de IPTU.

Em face disto, a sentença proferida nos autos de numeração 737335-70.2000.8.06.0001/1 deve ser parcialmente reformada, invertendo-se os ônus sucumbenciais para condenar os recorridos ao pagamento das custas processuais e honorários advocatícios do importe de vinte por cento sobre o valor da causa (fl. 18), considerando que o Município de Fortaleza não impugnou a quantia atribuída à inicial.

Ex positis, em consonância com a douta promoção do Ministério Público de segundo grau constante do processo 668755-85.2000.8.06.0001/1, considerando-se que nos demais autos houve pronunciamentos pela desnecessidade de intervenção do *Parquet*, conheço dos recursos oficiais e voluntários, para improver aqueles lançados nos autos de número 668755-85.2000.8.06.0001/1 e 676049-91.2000.8.06.0001/1 e prover a apelação cível interposta no processo nº 737335-70.2000.8.06.0001/1 no que diz respeito apenas à base de cálculo do ITBI, que deve respeitar o valor de mercado de cada um dos imóveis (terra nua) quando do registro imobiliário e não pelo valor venal vinculado ao lançamento do IPTU, invertendo-se os ônus sucumbenciais em decorrência deste último caderno processual.

É como voto.

Fortaleza, 23 de março de 2011.

APELAÇÃO CÍVEL Nº. 679502-94.2000.8.06.0001/1
APELANTE: CAIXA DE PREV. PRIVADA DO BANCO DO ESTADO DO CEARÁ – CABEC
APELADA: ZÉLIA SOARES PAIVA
RELATOR: DES. PAULO FRANCISCO BANHOS PONTE

EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL. PREVIDÊNCIA PRIVADA. COMPLEMENTAÇÃO. COMPETÊNCIA. JUSTIÇA COMUM. CERCEAMENTO DE DEFESA. INEXISTENTE. APLICAÇÃO DO ESTATUTO PRIMITIVO, VIGENTE À ÉPOCA DE VINCULAÇÃO DO BENEFICIÁRIO. REGULAMENTO MAIS BENÉFICO. INTELIGÊNCIA DA SÚMULA 288 DO TST. RECURSO NÃO PROVIDO. SENTENÇA MANTIDA.

1. Conforme entendimento consolidado no Superior Tribunal de Justiça, é competência da justiça comum estadual processar e julgar ações de cobrança de complementação de aposentadoria contra instituição de previdência privada, posto que não se trata de discussão sobre a relação de trabalho.

2. O simples fato de aproveitar-se a peça inicial quando modificada a competência, em límpido atendimento aos princípios que regem o direito processual pátrio, em especial, a instrumentalidade das formas, a celeridade e a economia processual, anulando-se os atos praticados pelo juízo incompetente, não caracteriza o cerceamento de defesa da apelante. Além do que, em todos os momentos necessários, foi-lhe disponibilizada oportunidade para manifestação, a qual foi efetivamente exercida – documentação acostada às fls. 396/406, 417/418 e 429/448.

3. A autora objetiva a cobrança da diferença de complementação de aposentadoria entre os proventos pagos pelo Instituto Nacional de Previdência Social – INSS e os pagos pela Caixa de Previdência Privada do BEC – CABEC, pois entende que o regulamento que deveria ter sido aplicado ao seu caso seria o estatuto primitivo, vigente quando de sua admissão ao quadro de funcionários do BEC.

4. Tendo o ingresso da Apelada no plano de previdência privada se dado sob a égide do Estatuto de 1971, a afetação de seu direito pelas novas regras que lhe são prejudiciais, e introduzidas posteriormente à sua filiação, além de irrazoável, violaria frontalmente a Súmula 288 do TST.

5. Precedentes: Ag 186756-7/01, Rel. Des. Eduardo Sertório, 3ª Câmara Cível, TJ/PE, 1º.10.2009; ApC nº 70035218825, Rel. Des. Gelson Rolim Stocker, 5ª Câmara Cível, TJ/RS,

27.04.2011; ApC nº 70041704719, Rel. Des. Romeu Marques Ribeiro Filho, 5ª Câmara Cível, TJ/RS, 20.04.2011; ApC nº 70041441296, Relª. Desª. Isabel Dias Almeida, 5ª Câmara Cível, TJ/RS, 20.04.2011.
6. Recurso de Apelação conhecido e não provido. Sentença mantida *in totum*.

ACÓRDÃO

Acordam os integrantes da Primeira Câmara Cível, por julgamento de Turma, unanimemente, em conhecer do recurso apelatório para NEGAR-LHE PROVIMENTO, de acordo com o voto do Relator.

RELATÓRIO

Tratam os presentes autos em sua origem de Reclamação Trabalhista, a qual fora remetida ao Juízo Comum e transformada em Ação Ordinária, julgada procedente por sentença de mérito em fls. 424/426.

Informa a autora – ora apelada – na peça vestibular, que foi admitida no quadro de empregados do Banco do Estado do Ceará – BEC, em 07.08.1975. Na ocasião, associou-se à Caixa de Previdência Privada do BEC – CABEC, aderindo ao Estatuto publicado em 05.10.1971, vigente à época.

Alega que, quando de sua aposentadoria, fora-lhe aplicado um novo estatuto – datado de 14.02.1979 – diverso daquele que regeu a sua admissão, o qual lhe trazia prejuízos, ofendendo, assim, o enunciado nº 288 do TST.

Em sua defesa, a CABEC (fls. 40-76) sustenta, dentre outros, a incompetência da justiça laboral, pois que a matéria foge das relações de trabalho.

Decidindo por unanimidade, o Tribunal Superior do Trabalho, em fls. 283/289, declarou a incompetência da Justiça do Trabalho, encaminhando o feito para a Justiça Comum Estadual.

Distribuído o feito para a 13ª Vara Cível desta comarca, o douto magistrado desconstituiu todos os atos processuais praticados no juízo incompetente desde o despacho inicial, dando seguimento à ação cível.

Apresentadas contestação e réplica, às fls. 396/406 e 410/415, respectivamente.

Audiência de conciliação frustrada face à impossibilidade de acordo entre as partes – fls. 417/418.

Sentença, em fls. 424/426, a qual julga procedente o pleito autoral, determinando que a promovida refaça os cálculos da complementação de aposentadoria da autora de acordo com o estatuto primitivo, vigente à época de sua admissão. Condena, ainda, a CABEC em multa diária no valor de R$ 100,00 (cem reais), a título de *astreintes*, conforme permite o art. 461, §5º, do CPC.

Inconformada com o *decisum* supra, a CABEC interpôs recurso de apelação (fls. 429/448), alegando preliminarmente a ausência de peça exordial, bem

como pedido, compatível com o juízo cível, acarretando cerceamento de defesa.

Contrarrazões em fls. 452/463.

Interposto Agravo de Instrumento (fls. 467/473), em face da decisão interlocutória que recebeu o recurso apelatório apenas no seu efeito devolutivo.

Empós as formalidades legais, vieram-me os autos conclusos, ante nova redistribuição, ocorrida às fls. 492, tendo em vista a assunção do Exmo. Sr. Des. Raul Araújo Filho ao cargo de Ministro do Superior Tribunal de Justiça.

Parecer Ministerial de 2º grau, em fls. 499/505, no qual o membro do *parquet* opina pelo conhecimento do recurso, contudo pelo seu improvimento.

Eis o relatório. Ao revisor. Peço data para julgamento.

VOTO

Presentes os requisitos de admissibilidade, conheço do recurso e passo à sua análise.

Acerca da preliminar de incompetência da Justiça Estadual, arguída pela apelante, esta não deve prosperar, vez que a competência da Justiça Laboral, para apreciar demandas envolvendo complementação de aposentadoria, surge apenas quando o pedido tem como fundamento o contrato de trabalho e é direcionado contra o empregador.

Sobre o assunto, seguem abaixo entendimentos deste e de outros tribunais – inclusive do Superior Tribunal de Justiça:

> DIREITO CONSTITUCIONAL, PREVIDENCIÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. PLANO DE PREVIDÊNCIA COMPLEMENTAR PRIVADO. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA COMUM. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO. 1. A Justiça Comum é competente para processar e julgar controvérsia relativa à complementação de aposentadoria paga por entidade de previdência privada. 2. As obrigações e os direitos advindos do plano de previdência complementar privado não decorrem diretamente do contrato de trabalho, não sendo consequências lógicas da relação laboral, em especial da relação de emprego. 3. Segundo o art. 202, §2º, da Constituição Federal de 1988, com a redação dada pela Emenda Constitucional nº 20 de 1988, o plano de benefício complementar das entidades de previdência privada não integra o contrato de trabalho de seus participantes. 4. Agravo de instrumento conhecido e provido. (AgI 1402972200780600000, Rel. Des. Fernando Luiz Ximenes Rocha, 1ª Câmara Cível, TJ/CE, DJ 29.04.2011)

> PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INTERNO NA APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO ORDINÁRIA. PREVIDÊNCIA PRIVADA. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA COMUM. DIFERENCIAÇÃO ENTRE O "AUXÍLIO-ALIMENTAÇÃO" E O "AUXÍLIO CESTA-ALIMENTAÇÃO". ESTE É DEVIDO AO INATIVO PORQUE COMPÕE A REMUNERAÇÃO DO FUNCIONÁRIO EM ATIVIDADE. AQUELE NÃO SE ESTENDE AOS

> APOSENTADOS, EM FACE DO SEU CARÁTER TRANSITÓRIO E INDENIZATÓRIO. CARÁTER REMUNERATÓRIO DO BENEFÍCIO PLEITEADO. PREVISÃO ESTATUTÁRIA. COMPLEMENTAÇÃO. ISONOMIA COM OS FUNCIONÁRIOS EM ATIVIDADE. JURISPRUDÊNCIA DOMINANTE DO STJ. AUSÊNCIA DE FATO OU FUNDAMENTO JURÍDICO NOVO CAPAZ DE MODIFICAR O *DECISUM*. CONHECIMENTO E IMPROVIMENTO DO RECURSO. (AgI/AC 2009.001787-5, Rel. Des. Claúdio Santos, 2ª Câmara Cível, TJ/RN, DJ 20.10.2009)

> AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. PREVIDÊNCIA PRIVADA. COMPLEMENTAÇÃO DE APOSENTADORIA. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA COMUM ESTADUAL. AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO. 1. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça consolidou-se no sentido de que a competência para processar e julgar pedidos de complementação de aposentadoria referentes a contratos de previdência privada é da Justiça Comum Estadual. 2. Agravo regimental a que se nega provimento. (AgRg no Ag 112169/SP, Rel. Ministro Vasco Della Giustina (Desembargador Convocado do TJ/RS), 3ª Turma, STJ, DJ 26.08.2010) (Originais sem grifos)

Como, no caso dos autos, a ação é dirigida contra a entidade de previdência privada e decorre, essencialmente, de interpretação sobre o estatuto que deve reger a complementação da aposentadoria da apelada, resta límpida a competência da Justiça Estadual Comum.

Decorrente da arguída – e afastada – incompetência da justiça comum, a parte apelante alega que sofreu cerceamento no seu direito de defesa posto que não havia pedido ou causa de pedir compatíveis com a seara comum. Destaca que, por ter sido o pleito originariamente dirigido à Justiça do Trabalho, foi este moldado aos conformes daquela justiça especializada. Ao ter sido deslocada a competência para julgamento do feito para a Justiça Comum, fora aproveitada apenas a peça inicial (fl. 393), sendo anulados todos os outros atos praticados pelo juízo incompetente. Dessarte, aduz a apelante que, mesmo a exordial deveria ter sido anulada, posto que falta-lhe adequação do seu pedido e de sua causa de pedir à seara cível. Por isso, requer a desconstituição da relação processual por impossibilidade de se acatar o pedido na justiça comum.

Tal preliminar também deve ser refutada, vez que o Código de Processo Civil é claro ao determinar que apenas os atos decisórios praticados pelo juízo incompetente deverão ser anulados, senão vejamos:

> Art. 113, §2º – Declarada a incompetência absoluta, somente os atos decisórios serão nulos, remetendo-se os autos ao juiz competente.

Ressalte-se que o simples fato de aproveitar-se a peça inicial quando

modificada a competência, em límpido atendimento aos princípios que regem o direito processual pátrio, em especial, a instrumentalidade das formas, a celeridade e a economia processual, anulando-se os atos praticados pelo juízo incompetente, não caracteriza o cerceamento de defesa da apelante.

Analisando os autos de maneira minuciosa, constata-se que foram concedidas todas as oportunidades para que a entidade apelante pudesse se manifestar, exercendo seu direito de defesa de maneira ampla, o qual foi efetivamente exercido, conforme se depreende da documentação acostada às fls. 396/406 (contestação), 417/418 (audiência de conciliação) e 429/448 (apelação).

Em sendo assim, correta está a atitude do magistrado *a quo* que anulou todos os atos processuais praticados no juízo trabalhista, a partir do despacho inicial, remanescendo válida apenas a peça exordial.

Ultrapassadas as preliminares, passo ao exame do mérito da apelação, qual seja, a análise de qual estatuto deve reger a complementação da aposentadoria da apelada.

Destaque-se que a vinculação do empregado do BEC à CABEC tem como fato gerador seu ingresso no quadro de funcionários da extinta entidade bancária. Em assim sendo, não há como afastar o vínculo laboral da fundamentação deste *decisum*.

A autora – ora apelada – ingressou em um regime de contribuição disciplinado estatutariamente, sendo-lhe garantido o auferimento da complementação nos termos do diploma legal vigente àquela época, não se admitindo a aplicação de novos estatutos, mormente quando acarreta prejuízos à beneficiária.

É sabido que o STF formulou entendimento no sentido de que aqueles que não possuem os requisitos para ingressar na inatividade têm expectativa de direito, em relação a alterações no estatuto que rege a categoria, consoante determina a Súmula 359, *ipsis litteris*:

> Súmula 359 – Ressalvada a revisão prevista em lei, os proventos da inatividade regulam-se pela lei vigente ao tempo em que o militar, ou o servidor civil, reuniu os requisitos necessários.

Ocorre que, em face do caso concreto, para uma correta solução do litígio, torna-se imprescindível a análise do entendimento do STF em conjunto com o também pacificado e sumulado entendimento do Tribunal Superior do Trabalho.

> Súmula 288 – TST:
> A complementação dos proventos da aposentadoria é regida pelas normas em vigor na data da admissão do empregado, observando-se as alterações posteriores desde que mais favoráveis ao beneficiário do direito.
>
> Súmula 51 – TST:
> I – As cláusulas regulamentares, que revoguem ou alterem vantagens deferidas anteriormente, só atingirão os trabalhadores admitidos após a revogação ou alteração do regulamento. (ex-Súmula 51 – RA 41/1973, DJ

> 14-6-1973)
> II – Havendo coexistência de dois regulamentos da empresa, a opção do empregado por um deles tem efeito jurídico de renúncia às regras do sistema do outro. (ex-OJ 163 – inserida em 26-3-1999)

É evidente, então, que as disposições constantes no novo estatuto não podem incidir no caso em tela, haja vista que tratam-se de modificações posteriores na relação de aposentação complementar com a recorrente, notadamente porque, quando optou pela complementação, levou em consideração os efeitos da normatização que então vigorava, adquirindo os direitos ali estabelecidos. Ainda, por serem disposições desfavoráveis em relação ao estatuto primitivo, importa em evidente afronta ao contido na Súmula 288 do TST, antes mencionada.

Também vêm seguindo este mesmo raciocínio outros tribunais, senão vejamos:

> APELAÇÃO CÍVEL. PREVIDÊNCIA PRIVADA. COMPLEMENTAÇÃO DE BENEFÍCIO. APOSENTADORIA. REVISÃO. AS REGRAS QUE REGULAM O CÁLCULO DO BENEFÍCIO SÃO AQUELAS INICIALMENTE PACTUADAS PELO TITULAR, QUANDO DE SEU INGRESSO NO PLANO. SÚMULA 288/TST. NEGARAM PROVIMENTO. UNÂNIME. (ApC 70032128035, Rel. Des. Luiz Felipe Brasil Santos, 5ª Câmara Cível, TJ/RS, DJ 18.05.2010)

> PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO LEGAL. APELAÇÃO CÍVEL. PREVIDÊNCIA PRIVADA. COMPLEMENTAÇÃO DE APOSENTADORIA. COMPETÊNCIA. JUSTIÇA COMUM. RECIBO DE QUITAÇÃO. ASSINADO PELO SEGURADO. PLEITO PELO RECEBIMENTO DE DIFERENÇAS. POSSIBILIDADE. APOSENTADORIA CONCEDIDA PELO INSS NO ÚLTIMO DIA DO CONTRATO DE TRABALHO DO BENEFICIÁRIO. COMPLEMENTAÇÃO DEVIDA. FAIXA ETÁRIA. RESTRIÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. AGRAVO IMPROVIDO. 1. Conforme entendimento consolidado no Superior Tribunal de Justiça, é da justiça comum estadual a competência para processar e julgar ações de cobrança de complementação de aposentadoria, contra instituição de previdência privada, pois não há discussão acerca de relação de trabalho. 2. O recibo de quitação assinado pelo segurado não impede a busca pela complementação do valor recebido, até a quantia efetivamente devida. 3. É devida a complementação da aposentadoria ao beneficiário, quando a concessão da mesma, pelo INSS, ocorreu ainda na vigência do contrato de trabalho. 4. Tendo o ingresso do beneficiário, ao plano de previdência, ocorrido sob a égide do Regulamento de 1962, a afetação de seu direito pelas novas regras que lhe são prejudiciais e introduzidas posteriormente à sua filiação, além de irrazoável, violaria o ato jurídico perfeito. Assim, indevida a restrição etária, imposta pelo

> novo regulamento. 5. Agravo legal improvido. (Ag 186756-7/01, Rel. Des. Eduardo Sertório, 3ª Câmara Cível, TJ/PE, 1º.10.2009) (Originais sem grifos)

Na mesma toada, trago ainda outros julgados do Egrégio Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul: Apelação Cível nº 70035218825, Rel. Des. Gelson Rolim Stocker, 5ª Câmara Cível, Julgado em 27.04.2011; Apelação Cível nº 70041704719, Rel. Des. Romeu Marques Ribeiro Filho, 5ª Câmara Cível, Julgado em 20.04.2011; Apelação Cível nº 70041441296, Relª. Desª. Isabel Dias Almeida, 5ª Câmara Cível, Julgado em 20.04.2011.

Ressalte-se que é ponto incontroverso da lide a existência de contrato de previdência privada entre as partes desde o ano de 1975, quando da admissão da apelada ao quadro de funcionários do BEC.

Presente o fato de que o direito da apelada está previsto em contrato previdenciário mantido entre as partes e encontra respaldo no art. 45 do Estatuto de 1971, vigente este quando de seu ingresso no plano em questão, motivo pelo qual não merece guarida o recurso em questão.

Contudo, por preconizar a vinculação do empregado à entidade previdenciária, há que se levar em consideração os termos sob os quais se deu tal vinculação.

Para tanto, é oportuno destacar que o contrato de previdência privada tem como postulado primordial o mutualismo, o qual abrange outros dois princípios, o da boa-fé e o da solidariedade, ou seja, os aderentes a determinado plano de previdência complementar têm a confiança na entidade previdenciária de que a contribuição de todos servirá para, no futuro, ser complementada a renda individual de cada um, a fim de que mantenham o mesmo padrão de vida do período no qual estavam em atividade.

Assim, sob o ponto de vista econômico, a entidade de previdência privada é uma associação solidária, a qual mediante uma ação coletiva visa atender o interesse geral, de forma que, bem administrando seus fundos de investimento, pretende garantir aos seus associados condições financeiras dignas quando da aposentadoria, afastando com isso o risco de que na velhice, por ocasião de não participarem do mercado economicamente ativo, aqueles tivessem prejuízo na manutenção de sua subsistência.

Para fortalecer esse entendimento, cabe trazer a lume o conceito de mutualismo atinente aos contratos de previdência privada, haja vista ser este o princípio que estabelece a economicidade entre a contribuição previdenciária e o benefício a ser percebido.

> O mutualismo, no contexto previdenciário, surge com a reminiscência securitária na Previdência. O mutualismo securitário consiste num esforço recíproco de indivíduos cujos interesses são semelhantes para que haja proteção de todos membros desse conjunto.
>
> Estes indivíduos não tomam esta atitude por filantropia, pois objetivam suprir as contingências deletérias que possam vir a acontecer a qualquer um dos membros participantes do sistema. É uma álea.

> Há um cunho altruísta, mesmo que involuntário, no âmbito da solidariedade envolvendo o esforço conjunto para o bem-estar de alguns. O mutualismo seria oriundo desta solidariedade.
> Do ponto de vista sociológico, o mutualismo é pautado na solidariedade e na boa-fé. A conceituação, entretanto, deve ser estudada, haja vista que ninguém ingressa num sistema securitário/previdenciário para proteger pessoas estranhas dos revezes da fortuna.
> Dentro da ideia jurídica de mutualismo, como um sistema baseado na entidade mútua e na contribuição de todos para benefício individual de cada contribuinte, temos como sinônimo imediato a simbiose (syn=junto, bios=vida). (WEINTRAUB, Arthur B. de V. Previdência Privada, doutrina e jurisprudência - São Paulo: Quartier Latin, 2005, p.54-55)

O princípio da economicidade acima citado trata da equação do custo-benefício, isto é, cuida que o custo individual com a contribuição de cada aderente ao plano previdenciário reverta no benefício social de todos os participantes deste, a fim de receberem a justa retribuição do capital empregado na complementação devida.

Ademais, há que se ter em mente que a relação jurídica de ordem previdenciária também está afeta ao princípio da boa fé objetiva, o qual permeia qualquer espécie de pacto no que tange à confiança depositada pelas partes no seu correto cumprimento, na forma do art. 113 do Código Civil, que foi quebrada no caso em exame com a satisfação de valores a menor do que a efetiva complementação devida.

Em relação à alegativa da apelante de que o caso sob análise não se trataria de pleito alimentar propriamente dito, esta deve ser prontamente afastada, haja vista que é límpida a função dos proventos decorrentes de aposentadoria, qual seja a mesma função do salário percebido pelos funcionários ainda em atividade – subsistência do beneficiário.

Saliente-se que a natureza alimentar conferida aos proventos de aposentadoria decorrem de raciocínio lógico, através do qual entende-se por verba alimentar aquela que garante a subsistência digna do beneficiário e de sua família. No mesmo sentido entende o Superior Tribunal de Justiça:

> PREVIDENCIÁRIO. REVISIONAL. APOSENTADORIA. VERBA DE CARÁTER ALIMENTAR. PRESCRIÇÃO DO FUNDO DE DIREITO. INOCORRÊNCIA. SÚMULA 85/STJ. (Resp 257505 RN 2000/0042578-8, Rel. Ministro Fernando Gonçalves, 6ª Turma, STJ, DJ 09.10.2000, p. 212) (original sem grifos)

À vista de todo o exposto, conheço do recurso apelatório em questão, contudo para NEGAR-LHE PROVIMENTO, a fim de confirmar *in totum* a sentença concedida pelo juízo de 1º grau

É como voto.

Fortaleza, 8 de agosto de 2011.

PROCESSO Nº 702709-25.2000.8.06.0001/0 (2000.0130.7709-1/1) CONEXA AOS PROCESSOS Nº 44206-84.2005.8.06.0001/1 (2005.0015.9429-1/1 e 597784-75.2000.8.06.0001/1 (2000.0120.2784-8/1)
APELAÇÃO CÍVEL DA COMARCA DE FORTALEZA
APELANTES: FRANCINEIDE GOMES RIBEIRO e MANUEL ANTERO RIBEIRO
APELADO: ÂNGELO LANTER ALVARES
ÓRGÃO JULGADOR: TERCEIRA CÂMARA CÍVEL
RELATOR: DES. FRANCISCO GLADYSON PONTES

EMENTA: APELAÇÕES CÍVEIS. AÇÃO REIVINDICATÓRIA, USUCAPIÃO E CAUTELAR DE ATENTADO. IMPUGNAÇÃO À JUSTIÇA GRATUITA PROCEDENTE. INTERPOSIÇÃO DE AGRAVO RETIDO. NÃO ATENDIMENTO DA INTIMAÇÃO PARA SUPRIR A DEFICIÊNCIA. AUSÊNCIA DO PAGAMENTO DAS CUSTAS. INDEFERIMENTO DA INICIAL, NOS TERMOS DOS ARTIGOS 283, 257 E 267, IV, TODOS DO CPC. INTIMAÇÃO PESSOAL. DESNECESSIDADE. EXTINÇÃO DA REIVINDICATÓRIA POR FALTA DE CONDIÇÃO DA AÇÃO. PRECLUSÃO CONSUMATIVA. DESCONSTITUIÇÃO DA SENTENÇA DA CAUTELAR E USUCAPIÃO. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO.

I – Ausência de pagamento das custas judiciais. Pressuposto indispensável para a propositura da ação, acarretando o indeferimento da inicial.

II – Da sentença que indefere assistência judiciária, cabe apelação. Transitado em julgado e não recolhidas as custas, deve ser cancelada a distribuição e reconhecida a preclusão consumativa quanto à discussão relativa à gratuidade de justiça.

III – Desnecessária a intimação pessoal do autor para pagamento das custas processuais, hipótese não contemplada no art. 267, § 1º, do CPC. Apelado que foi intimado na pessoa do advogado. Precedentes do STJ.

IV – Recurso Apelatório conhecido e PROVIDO, com a desconstituição das decisões que acolheu a reivindicatória, bem como aquelas que julgaram prejudicadas as ações cautelar e usucapião, para com fundamento nos arts. 267,

IV, 283 e 257, todos do Código de Processo Civil, decretar a extinção da Ação Reivindicatória, por ausência do pagamento das custas, com o cancelamento da distribuição e consequente arquivamento do processo, condenando o autor ao pagamento das custas processuais e honorários advocatícios, estes fixados em R$ 1.000,00 (mil reais) e devolver a matéria da cautelar e usucapião ao juízo de origem para o desenvolvimento regular dos feitos respectivos.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acorda a TURMA JULGADORA DA TERCEIRA CÂMARA CÍVEL DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO CEARÁ, unanimidade de votos, para conhecer dos recursos apelatórios e DAR-LHES provimento, nos termos do voto do Relator, que faz parte desta decisão.

RELATÓRIO

Trata-se de apelações cíveis interpostas por FRANCINEIDE GOMES RIBEIRO e MANUEL ANTERO RIBEIRO em ações reivindicatória, usucapião e cautelar de atentado propostas contra ÂNGELO LANTER ALVARES.

Na ação reivindicatória proposta por ÂNGELO LANTER ALVARES, narra que o imóvel em questão foi invadido por FRANCINEIDE GOMES RIBEIRO e MANUEL ANTERO RIBEIRO em 1996, acarretando o pedido de desocupação. Em autos apartados e conexos, ação de impugnação à justiça gratuita, decidiu o magistrado por sua procedência, com abertura de prazo para pagamento das custas processuais pertinentes à pretensão reivindicatória, sob pena de extinção do processo, sem julgamento de mérito, baseado no art. 267, I, do CPC, interpondo o autor, agravo retido da decisão. Prolatada sentença nos autos principais (reivindicatória), fls. 115/123, foram rejeitadas as preliminares alegadas pelos promovidos de ilegitimidade ativa *ad causam* e coisa julgada e, no mérito, decidida pela procedência, com extinção na forma do art. 269, I, do CPC, determinando que o Sr. MANUEL ANTERO RIBEIRO e sua ESPOSA, desocupem a área invadida. Foram extintos os processos de usucapião e cautelar de atentado, como decorrência natural de sua excludência, em face da procedência do pedido reivindicatório, fls. 343/351 e 67/70, respectivamente.

Nas razões recursais das Ações Reivindicatória e de Usucapião, fls. 127/139 e 355/367, respectivamente, MANUEL ANTERO RIBEIRO e FRANCINEIDE GOMES RIBEIRO suscitaram, preliminarmente, deficiência na fundamentação da decisão recorrida quando do julgamento da ilegitimidade ativa *ad causam* e coisa

julgada, bem como ausência do pagamento das custas processuais determinado nos autos da Impugnação à Justiça Gratuita em 2005, devendo ser aplicado o art. 257, do CPC. Sustenta a irregularidade processual, apontando vícios (fundamentação insuficiente e preparo) que maculam o feito, acarretando sua imediata extinção ou, se assim entender o relator, pela improcedência do pedido autoral. Quanto ao mérito, alegam que demonstraram a posse quando apresentaram certidões municipais de quitação em seus nomes (IPTU e Documento de Arrecadação Municipal – DAM). Ao final, pugnam pela reforma da sentença.

ÂNGELO LANTER ALVARES apresentou contrarrazões, fls. 141/153 e 371/387 na devida ordem, defendendo a manutenção da decisão recorrida, além de destacar ser o legítimo possuidor do bem. Afirma que os motivos de convencimento e os fundamentos de decidir decorrem das razões de fato e de direito constantes da sentença, que examinou a prova documental e aplicou o direito pertinente, devendo o recurso ser negado provimento, com a manutenção da decisão recorrida.

No recurso apelatório da cautelar, fls. 74/80 dos autos conexos, os apelantes limitam-se a combater a condenação em custas processuais e honorários advocatícios, aduzindo que não deram causa a ação, não cabendo, por isso, os ônus sucumbenciais.

Comparecendo o apelado aos autos com contrarrazões da ação cautelar de atentado, fls. 84/88 do processo conexo, requer que seja negado provimento ao recurso.

É o breve relatório.

Revistos e incluídos em pauta de julgamento.

Fortaleza, 02 de junho de 2011.

VOTO

Inicialmente, deve ser acatada a preliminar, por existir prejudicial referente à ausência de pagamento das custas.

Trata-se a apelação onde o apelado, conquanto intimado, não procedeu ao recolhimento das custas processuais iniciais, pelo que os apelantes invocam a aplicação do art. 257, do CPC, visando ao cancelamento da distribuição respectiva, para tanto esperam o provimento do recurso interposto, anulando, consequentemente, a sentença.

DA NECESSIDADE DO PAGAMENTO DAS CUSTAS

Analisando detidamente os autos, verifica-se que o apelado pleiteou, nas suas petições iniciais (reivindicatória e cautelar de atentado), a concessão do benefício da assistência judiciária. Deferido o pedido, interpuseram, os ora apelantes, incidente de Impugnação à Justiça Gratuita, sendo esta julgada procedente, com determinação do

pagamento das custas e despesas processuais iniciais, fls. 93/94, sob pena de extinção do processo e baixa na distribuição.

O juiz da causa, ao indeferir a concessão da justiça gratuita, oportunizou prazo ao apelado para o recolhimento das custas iniciais, restando-lhe duas opções: desafiar a decisão por meio de apelação cível ou efetuar o pagamento do preparo.

O autor, conquanto tenha optado pela interposição de recurso, o fez de forma equivocada, porquanto utilizou a forma de agravo retido, ainda mais, quando se sabe que, tal modalidade de agravo não gera efeito suspensivo, nem é encaminhado diretamente ao Tribunal.

Importante ressaltar que, por força de lei, aquele que não estiver sob o pálio da assistência judiciária, deverá proceder ao pagamento das custas iniciais.

Cândido Rangel Dinamarco ensina que:

"Os ônus de adiantar despesas processuais são instituídos como requisitos para que tenham eficácia certos atos que as partes realizam, ou para que elas obtenham a realização de certos atos por auxiliares da Justiça. Da primeira categoria são os preparos em geral (demanda inicial, recursos) e da segunda, os adiantamentos de honorários provisórios a peritos. Preparo, sinônimo perfeito de antecipação de custas ou taxas judiciárias, é vocábulo de conotação mais coloquial que essa locução e de uso corriqueiro entre os profissionais do foro; o Código emprega-o apenas seis vezes e só na rubrica dos recursos (arts. 500, par., 511, *caput* e §§ 1º e 2º, 519, 536), embora cuide de antecipação já no art. 19."

Embora o apelado invoque em seu prol haver a sentença ratificando o deferimento da gratuidade da justiça, tal não substitui a decisão, transitada em julgado de fls. 93/94. Logo o pagamento das custas processuais é condição *sine qua non* para o prosseguimento do feito reivindicatório.

RECURSO CABÍVEL DO JULGAMENTO DO INCIDENTE DE IMPUGNAÇÃO À JUSTIÇA GRATUITA

In casu, a apelação cível é o recurso cabível para atacar a decisão que julga o incidente de impugnação à assistência judiciária, processado em autos apartados, conforme expresso texto do art. 17, da Lei nº 1.060/50, *verbis*:

> "Caberá apelação das decisões proferidas em conseqüência da aplicação desta lei; a apelação recebida somente no efeito devolutivo quando a sentença conceder o pedido."

Não obstante haja debate doutrinário a respeito da natureza jurídica da decisão proferida nos autos desse incidente, se terminativa ou não, o que poderia, ao menos em tese, suscitar dúvida acerca do recurso adequado, a expressa determinação legal afasta qualquer possível incerteza.

Assim, tem se manifestado a jurisprudência predominante do STJ:

> "PROCESSUAL CIVIL. PEDIDO DE ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA GRATUITA. AUTOS APARTADOS. IMPUGNAÇÃO. INDEFERIMENTO. APELAÇÃO.1. É cabível recurso de apelação contra decisão que indefere impugnação a pedido de assistência judiciária gratuita efetuada em autos apartados. Precedentes.2. Agravo regimental provido."(AgRg no REsp 1000482/DF, Rel. Min. João Otávio de Noronha, QUARTA TURMA, julgado em 06/05/2008, DJe 19/05/2008).

> "PROCESSUAL CIVIL. PEDIDO DE ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA GRATUITA. AUTOS APARTADOS. IMPUGNAÇÃO. INDEFERIMENTO. APELAÇÃO. 1. O recurso cabível contra a decisão que indefere impugnação ao pedido de assistência judiciária gratuita, realizada em autos apartados, é a apelação. Precedentes. 2. Recurso especial provido."(REsp 772860 / RN, Segunda Turma, Relator Ministro Castro Meira, DJ 23.03.2006, p. 160).

> "Assistência judiciária. Recurso cabível. Fungibilidade. Multa do art. 538, parágrafo único, do Código de Processo Civil. Súmula nº 98 da Corte. Precedentes. 1. Havendo impugnação ao deferimento da assistência judiciária, processada em autos apartados, contra a sentença que a acolhe cabe o recurso de apelação. Não há, portanto, plausibilidade para admitir-se, no caso, a fungibilidade recursal. 2. Nos termos da Súmula nº 98 da Corte não são protelatórios os embargos para fim de prequestionamento. 3. Recurso especial conhecido e provido, em parte." (REsp 256.281/AM, Rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, TERCEIRA TURMA, julgado em 22/05/2001, DJ 27/08/2001, p. 328).

A respeito, Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery comentam sobre a consequência de o autor não pagar as custas iniciais depois de instado a fazê-lo:

> "O autor deve fazer o pagamento das custas iniciais para poder ingressar com a ação. Trata-se de taxa pela prestação dos serviços judiciários, regulada pelo RCJF e pelas leis estaduais respectivas. Sem esse pagamento, os

> serviços judiciários não poderão ser prestados. A guia de recolhimento deve ser juntada com a petição inicial como documento essencial à propositura da ação (CPC 283). Caso não tenha sido juntada, não tenha sido feito o pagamento ou feito irregularmente, o juiz deverá dar oportunidade ao autor para emendar a petição inicial (CPC 284), sob pena de indeferimento e cancelamento da distribuição".(*in* Código de Processo Civil Comentado e Legislação Extravagante, 10ª edição, Revista dos Tribunais, p. 495).

Nesta fase recursal, verifico que o apelado foi intimado para o recolhimento das custas iniciais, não o fazendo, e nem apresentando o socorro próprio a tempo e modo contra a decisão do incidente, restando preclusa a discussão de tal matéria (art. 473, do CPC).

Fato é que a preclusão consumativa impede a parte de praticar determinado ato por deixar de fazê-lo atempadamente (art. 183, do CPC), *in verbis*:

> Art. 183. Decorrido o prazo, extingui-se, independentemente de declaração judicial, o direito de praticar o ato, ficando salvo, porém, à parte provar que o não realizou por justa causa.

Mutatis mutandis, na lição de Humberto Theodoro Júnior:

> "Embora não se submetam as decisões interlocutórias ao fenômeno da coisa julgada material, ocorre frente a elas a preclusão, de que defluem conseqüências semelhantes às da coisa julgada formal. Dessa forma, as questões incidentalmente discutidas e apreciadas ao longo do curso processual não podem, após a respectiva decisão, voltar a ser tratadas em fases posteriores do processo. Não se conformando a parte com a decisão interlocutória proferida pelo juiz (art. 162, § 3º), cabe-lhe o direito de recurso através do agravo de instrumento (art. 522). Mas se não interpõe o recurso no prazo legal, ou se é ele rejeitado pelo tribunal, opera-se a preclusão, não sendo mais lícito à parte reabrir discussão, no mesmo processo, sobre a questão". (*in* Curso de Direito Processual Civil, vol. 1, Forense, 34ª edição, p. 467).

De se notar que aqui também se aplica o princípio da unirrecorribilidade das decisões, também denominado de princípio da unicidade ou da singularidade, onde as decisões somente são impugnadas por meio de um único recurso. Assim, não há opção entre a interposição do agravo retido ou apelação, ou aplicação do princípio da fungibilidade (erro grosseiro). Cabe um ou outro e, apresentado o agravo retido, este

não pode ser conhecido, por ser incabível, restando superada tal questão, de modo que incumbia ao apelado o recolhimento das custas processuais. Não o fazendo, infringe o art. 283, do Caderno Processual, devendo ser cancelada a distribuição, na forma do art. 257, do CPC, *in verbis*:

> "Art. 257. Será cancelada a distribuição do feito que, em 30 (trinta) dias, não for preparado no cartório em que deu entrada".

> "Art. 283. A petição inicial será instruída com os documentos indispensáveis à propositura da ação."

INTIMAÇÃO PESSOAL - DESNECESSIDADE

No caso concreto, não houve manifestação do autor a respeito, sendo desnecessária a intimação pessoal da parte para cumprimento de determinação, somente cabível para as hipóteses do artigo 267, § 1º, do Código de Processo Civil.

A esse respeito: "A determinação de que se emende a inicial em dez dias far-se-á ao autor, por seu advogado, não incidindo o disposto no art. 267, § 1º, do CPC." (STJ, Terceira Turma, REsp 80.500-SP, Rel. Min. Eduardo Ribeiro, j. 21.11.97, não conheceram, DJU 16.2.97, p. 86). Ainda, "sendo desnecessária a intimação pessoal, só aplicável às hipóteses dos incisos II e III do art. 267 do CPC." (STJ, Quinta Turma, REsp 392.519-SC, Rel. Min. Edson Vidigal, j. 19.3.02, negaram provimento, DJU 22.04.02, p. 245). (*In* Theotônio Negrão, CPC, 39ª edição, pág. 428/429, nota 6, artigo 284).

Acrescenta-se que o recolhimento das custas iniciais é obrigação primária da parte. Não cumprido, ausente pressuposto de constituição e desenvolvimento do processo.

Ante a ausência do preparo, não pode prosseguir a ação. Nesse contexto, devem ser desconstituídas as decisões que acolheu a reivindicatória, bem como aquelas que julgaram prejudicadas as cautelar e usucapião, para com fundamento nos arts. 267, IV, 283 e 257, todos do Código de Processo Civil, decretar a extinção da Ação Reivindicatória, por ausência do pagamento das custas, com o cancelamento da distribuição e consequente arquivamento do processo, condenando o autor/apelado no pagamento das custas processuais e dos honorários advocatícios, estes fixados em R$ 1.000,00 (um mil reais) e devolver a matéria da cautelar e usucapião ao juízo de origem para o desenvolvimento regular dos feitos respectivos.

É como voto.

Fortaleza, 13 de junho de 2011.

PROCESSO Nº 748867-41.2000.8.06.0001/1 CONEXO AO PROCESSO Nº 720823-12.2000.8.06.0001/1
APELAÇÕES CÍVEIS DA COMARCA DE FORTALEZA
APELANTE: ROBERTO PESSOA COSTA
APELADO: O ESTADO DO CEARÁ
RELATOR: DES. FRANCISCO GLADYSON PONTES

EMENTA: APELAÇÕES CÍVEIS. ADMINISTRATIVO. AÇÃO CAUTELAR PREPARATÓRIA E AÇÃO ORDINÁRIA. PROMOÇÃO DE POLICIAL MILITAR POR ANTIGUIDADE E RESSARCIMENTO DE PRETERIÇÃO. NÃO COMPROVAÇÃO DOS REQUISITOS LEGAIS. NECESSIDADE DE QUALIFICAÇÃO DO MILITAR PARA FAZER JUS À ASCENSÃO FUNCIONAL PRETENDIDA. SENTENÇAS MANTIDAS.

I – Para a promoção de militar estadual por antiguidade, é mister o preenchimento de determinados requisitos previstos na legislação castrense estadual, tais como a existência de vaga no posto hierarquicamente superior, aproveitamento em curso de formação, bom comportamento, inclusão no Quadro de Acesso, entre outros.

II - O insurgente quer dizer que a promoção em ressarcimento de preterição ocorre exatamente quando pessoas mais modernas completam o curso de formação e aperfeiçoamento, sem respeitar o critério de antiguidade, sendo promovidas em detrimento dos mais antigos. Ressente-se de não ter tido acesso aos referidos cursos. Ora, se o poder competente não organiza as listas, tarda em fazê-las, ou as faz indevidamente, cabe ao autor pleitear a correção judicial da omissão ou do erro detectados mediante ação de obrigação de fazer, e não, simplesmente, postular a sua já pronta promoção a par dos requisitos necessários.

III - Não se está a negar a promoção por ressarcimento de preterição, já que sua possibilidade decorre de imperativo legal (art. 59, § 1º, da Lei nº. 10.072/76). No entanto, a alegada preterição, no caso, não foi devidamente comprovada, já que, para tanto, teria de trazer aos autos a relação dos militares que ascenderam em preterição à sua posição no Quadro de Acesso.

IV - O apelante sequer chegou a ser incluído no Quadro de Acesso por não ter as condições cumulativas e imprescindíveis

para a promoção e graduação superiores.
V - Desse modo, o apelante não logrou êxito em comprovar a sua real preterição (art. 333, I, do CPC), cuidando apenas de fazer referência a nomes de militares mais modernos que obtiveram promoções, esquecendo-se de que para fazer jus às promoções pleiteadas deveria congregar todos os requisitos necessários.
VII – Apelações conhecidas e improvidas.

ACÓRDÃO

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

RELATÓRIO

Trata-se de Apelações interpostas por ROBERTO PESSOA COSTA contra sentenças do Juiz da 3ª Vara da Fazenda Pública que, em sede de Ação Ordinária, julgou improcedente o pedido formulado pelo apelante e, no bojo de Ação Cautelar Preparatória, julgou prejudicado o pedido.

Alega o autor que ingressou nos quadros da Polícia Militar do Estado do Ceará em 15/6/1998, na graduação de soldado PM.

Aduz que, mesmo tendo prestado relevantes serviços à corporação, e gozar de conceito "bom", continua inerte no posto de soldado, tendo sido preterido nas listas de promoções, quando teria direito ao posto de 3º Sargento, desde 03/12/1999, e ao de 1º Sargento, desde 21/12/2001, razão pela qual ingressou com a presente demanda, requerendo ressarcimento por preterição, com espeque na Lei nº. 10.072/76.

Liminar indeferida (fls. 50/51 – ação cautelar).

Sentença de extinção do processo, sem resolução do mérito, consta nos autos da ação cautelar às fls. 73/74. Nos autos da ação ordinária, o magistrado julgou improcedente o pedido porquanto não evidenciado nos autos o cumprimento de todos os requisitos necessários à ascensão funcional do apelante.

Irresignado com a decisão, o autor interpõe Apelação contra as sentenças prolatadas (fls. 77/102 – ação cautelar; fls. 86/111 – ação ordinária) pleiteando a reforma da decisão, com base nos argumentos expedidos na exordial, que, segundo entende, representa prova suficiente para constatar o alegado.

O Estado do Ceará apresenta suas contrarrazões (fls. 105/116 – ação cautelar; fls. 115/127 – ação ordinária), onde proclama que os recursos aviados não merecem provimento à míngua de comprovação dos fatos alegados, e ante a ausência de implementação dos requisitos legais.

Por fim, manifestou-se a Procuradoria Geral de Justiça pelo improvimento das Apelações, mantendo as sentenças recorridas (fls. 129/133 – ação cautelar; fls. 139/144 – ação ordinária).

É o breve relatório.

Revistos e incluídos em pauta de julgamento.

Fortaleza, 25 de julho de 2011.

VOTO

Presentes os pressupostos extrínsecos e intrínsecos de admissibilidade dos recursos.

Passo à análise das razões recursais.

A pretensão deduzida pelo apelante não pode prosperar, haja vista não ter conseguido comprovar a existência da alegada preterição.

Para a promoção de militar estadual por antiguidade, é mister o preenchimento de determinados requisitos previstos na legislação castrense estadual, tais como a existência de vaga no posto hierarquicamente superior, aproveitamento em curso de formação, bom comportamento, inclusão no Quadro de Acesso, entre outros.

Vejamos o que reza a legislação aplicável ao presente caso:

LEI ESTADUAL Nº. 10.072/76

Art. 58 – O acesso na hierarquia policial militar é seletivo, gradual e sucessivo e será feito mediante promoções, de conformidade com o disposto na legislação e regulamentação de promoções de oficiais e de praças, de modo a obter-se um fluxo regular e equilibrado de carreira para os policiais militares a quem esses dispositivos se referem.

§ 1º – O planejamento da carreira dos oficiais e das praças, obedecidas as disposições da legislação e regulamentação a que se refere este artigo , é atribuição do comando Geral da Polícia Militar.

§ 2º - A promoção é um ato administrativo e tem como finalidade básica a seleção dos policiais militares para o exercício de funções pertinentes ao grau hierárquico superior.

Art. 59 – As promoções serão efetuadas pelos critérios de antiguidade e merecimento ou, ainda, por bravura em casos de guerras externas ou internas e *post mortem*.

§ 1º – Em casos extraordinários, poderá haver promoção em ressarcimento de preterição.

DECRETO ESTADUAL Nº. 15.275/82

> Art. 5º – Promoção por antiguidade é aquela que se baseia na precedência hierárquica de um graduado sobre os demais de igual graduação, dentro de um número de vagas estabelecidas para cada qualificação particular de policial militar ou de bombeiro militar.
> (…)
>
> Art. 11 – São condições imprescindíveis para promoção à graduação superior por antiguidade:
> I – Ter concluído ou venha a concluir, com aproveitamento, até a data da promoção, o curso que o habilita ao desempenho dos cargos e funções próprias da graduação superior;
> II – Ter completado, até a data da promoção, os seguintes requisitos: a) interstício mínimo;
> (…)
> III – Estar classificado, no mínimo, no comportamento "BOM";
> IV – Ter sido julgado apto em inspeção de saúde para fins de promoção;
> V – Ter sido incluído no Quadro de Acesso (QA) de sua respectiva qualificação.

In casu, Roberto Pessoa Costa é soldado da Polícia Militar desde a data de ingresso na corporação, em 15/6/1998 (fl. 22 – ação ordinária). Desde então, o militar nunca fez os cursos de formação e aperfeiçoamento necessários à sua ascensão funcional, fato afirmado pelo apelante à fl. 56 – ação ordinária.

Alega que outros colegas de farda, mais modernos, o teriam preterido na lista dos Quadros de Acesso às promoções, confeccionada pela Administração castrense. Entretanto, verifico que todos os policiais militares indicados pelo apelante concluíram os cursos de formação e aperfeiçoamento que os habilitaram a fazer parte dos Quadros de Acesso às promoções, viabilizando-lhes a ascensão funcional (fls. 28/33 – ação ordinária).

O insurgente quer dizer que a promoção em ressarcimento de preterição ocorre exatamente quando pessoas mais modernas completam o curso de formação e aperfeiçoamento, sem respeitar o critério de antiguidade, sendo promovidas em detrimento dos mais antigos. Ressente-se de não ter tido acesso aos referidos cursos. Ora, se o poder competente não organiza as listas, tarda em fazê-las, ou as faz indevidamente, cabe ao autor pleitear a correção judicial da omissão ou do erro detectados mediante ação de obrigação de fazer, e não, simplesmente, postular a sua já pronta promoção a par dos requisitos necessários.

Sobre o preenchimento dos requisitos indispensáveis à promoção de militar, o Superior Tribunal de Justiça já se pronunciou no seguinte sentido:

> MILITAR. PROMOÇÃO. CONCEDIDA A PROMOÇÃO DE

> MILITAR, COM EFEITO RETROATIVO, EM RESSARCIMENTO DE PRETERIÇÃO, A PRETENSÃO DE RETROAGIR NO TEMPO AINDA MAIS OS EFEITOS DA PROMOÇÃO DEPENDE DA DEMONSTRAÇÃO DOS REQUISITOS OBJETIVOS E SUBJETIVOS APTOS A SITUAR O PRETERIDO ENTRE OS DEMAIS CONCORRENTES, NAS LISTAS PRETÉRITAS, DE MODO A FAZER JUS A UMA DAS VAGAS ENTÃO OFERECIDAS, SEM ESSA DEMONSTRAÇÃO DE PLANO, COM A INICIAL DA IMPETRAÇÃO, INEXISTE DIREITO LÍQUIDO E CERTO A SER TUTELADO NA VIA DO *WRIT*. REMENTE-SE, PORTANTO, O IMPETRANTE ÀS VIAS ORDINÁRIAS. MANDADO DE SEGURANÇA INDEFERIDO (STJ, MS-DF 3095, Rel. Min. Assis Toledo, DJ 19.12.94, p. 352229).

Esta Corte de Justiça tem corroborado este entendimento:

> APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO ORDINÁRIA. POLICIAL MILITAR ESPECIALISTA. PROMOÇÃO. NECESSIDADE DE CONCLUSÃO DE CURSO DE FORMAÇÃO PARA A GRADUAÇÃO DESEJADA. EXIGÊNCIA DA LEGISLAÇÃO ATUAL VIGENTE, QUAL SEJA, A LEI Nº 15.275/82, A LEI Nº 10.072/76, BEM COMO A LEI Nº 226/48. NECESSIDADE DE QUALIFICAÇÃO DO MILITAR PARA O EXERCÍCIO DAS FUNÇÕES DA GRADUAÇÃO SUPERIOR PRETENDIDA. APELO CONHECIDO, MAS NÃO PROVIDO.
>
> 1. No presente caso, não obstante o recorrente deixar claro a sua especialidade (Motorista PM/CE), não se verificou nos autos o preenchimento dos requisitos necessários às promoções vislumbradas, qual sejam, a existência de vagas, conclusão em curso de formação para a graduação que pretende atingir, bom comportamento, inspeção de saúde e prévia inclusão no Quadro de Acesso, em observância ao art. 11 do Decreto nº 15.275/82.
>
> 2. "De acordo com o novo Estatuto da Polícia Militar, policial militar não faz jus à promoção pelo simples fato de ser especialista, sem a frequência em curso específico para a preparação à graduação que se deseja alcançar;" RECURSO E REMESSA CONHECIDOS E PROVIDOS. (TJ/CE. AC 2005.0012.3802-9/0. Relator: Des. FRANCISCO DE ASSIS FILGUEIRA MENDES. 2ª Câmara Cível. DJ de 01/04/2009.)
>
> 3. Apelo conhecido, porém improvido. (Apelação nº. 75142583200080600011, Relator Francisco Suenon Bastos Mota, 5ª Câmara Cível, Registrado em 29/06/2011)

> APELAÇÃO CÍVEL. ADMINISTRATIVO. APLICAÇÃO DAS SÚMULAS 85 DO STJ E 443 DO STF. PROMOÇÃO DE POLICIAL MILITAR POR ANTIGUIDADE E RESSARCIMENTO DE PRETERIÇÃO. NÃO COMPROVAÇÃO DOS REQUISITOS LEGAIS.

> 1 - A mera veteranice do policial militar não é suficiente para a sua promoção, ainda que pelo critério da antiguidade, sendo necessária prova dos requisitos legais, tais como, a conclusão de curso de formação ou de habilitação, a inclusão no respectivo Quadro de Acesso, a submissão à inspeção médica, além da existência de vaga, devendo o autor suportar as consequências da não comprovação dos fatos constitutivos de sua pretensão (CPC, art. 333, inciso I). 2 - Uma vez que o autor não comprova a conclusão dos cursos necessários sua promoção, resta prejudicada qualquer preterição, haja vista que a situação pode, em verdade, se tratar simplesmente de promoção de militar que preencheu todos os requisitos previstos em lei, o que não se pode afirmar em relação ao autor.
> 3 - REEXAME NECESSÁRIO CONHECIDO E PROVIDO. (Apelação/ Reexame Necessário nº. 6811961200680600011, Relator Washington Luís Bezerra de Araújo, 3ª Câmara Cível, Registrado em 15/06/2011)

O implemento dos requisitos estabelecidos acima são apenas condições básicas para se poder figurar em Quadro de Acesso, e, a partir de então, concorrer à promoção, não se podendo invocar direito subjetivo a esta em face da antiguidade.

Ademais, não existe promoção sem que haja vaga disponível. Interpretar as normas concernentes às progressões à escala hierárquica superior no sentido de que o tão só implemento das condições geraria, automaticamente, o direito à ascensão, importaria partir da premissa de que promoção é ato decorrente de imposição da norma, sem qualquer vinculação do ato administrativo à situação fática e ao interesse público.

Tal entendimento implicaria conceber que a promoção, no caso, seria por tempo de serviço, hipótese não prevista em lei.

Não se está a negar a promoção por ressarcimento de preterição, em tese, já que sua possibilidade decorre de imperativo legal (art. 59, § 1º, da Lei nº. 10.072/76). No entanto, a alegada preterição, no caso, não foi devidamente comprovada, já que, para tanto, teria de trazer aos autos a relação dos militares que ascenderam em preterição à sua posição no Quadro de Acesso.

O apelante sequer chegou a ser incluído no Quadro de Acesso por não ter as condições cumulativas e imprescindíveis para a promoção e graduação superiores (fl. 27 – ação ordinária).

Desse modo, tem-se que o apelante não logrou êxito em comprovar a sua real preterição (art. 333, I, do CPC), cuidando apenas de fazer referência a nomes de militares mais modernos que obtiveram promoções, esquecendo-se de que para fazer jus às promoções pleiteadas deveria congregar todos os requisitos necessários retro citados.

Ante o exposto, conheço do recurso de apelação para negar-lhe provimento, devendo permanecer irretocável a sentença recorrida.

É como voto.

Fortaleza, 08 de agosto de 2011.

APELAÇÃO CÍVEL Nº. 722-88.2000.8.06.0067/1
APELANTE: BCL – BLOCOS CONSTRUÇÕES LTDA
APELADO: MUNICÍPIO DE CHAVAL
RELATOR: DES. PAULO FRANCISCO BANHOS PONTE

EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL. DIREITO CIVIL. AÇÃO DE COBRANÇA DE CRÉDITOS POR CONTRATO. EXTINÇÃO DO PROCESSO EM PRIMEIRA INSTÂNCIA COM FUNDAMENTO NA PRESCRIÇÃO INTERCORRENTE DA PRETENSÃO AUTORAL, PELO FATO DE HAVER TRANSCORRIDO MAIS DE 5(CINCO) ANOS ENTRE O DESPACHO QUE ORDENOU A CITAÇÃO E A PROLAÇÃO DA SENTENÇA RECORRIDA. DECISÃO SINGULAR MERECEDORA DE REFORMA. DE ACORDO COM O ART. 202, PARÁGRAFO ÚNICO, DO CÓDIGO CIVIL DE 2002 E O ART. 219 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL, O PRAZO PRESCRICIONAL SE INTERROMPE COM O DESPACHO QUE ORDENAR A CITAÇÃO, SÓ RETORNANDO A CORRER QUANDO DA EXTINÇÃO DO PROCESSO QUE O INTERROMPEU. APELAÇÃO CONHECIDA E PROVIDA. SENTENÇA ANULADA.

1. BCL – Blocos Construções LTDA ingressou com ação de cobrança de créditos por contrato em face do Município de Chaval em virtude de serviços prestados àquela Municipalidade que ainda não haviam sido pagos.

2. O magistrado singular, ao julgar a demanda, reconheceu a prescrição intercorrente em benefício do Município apelado, pelo fato de haver transcorrido mais de 5 (cinco) anos entre o despacho que ordenou a citação – data em que o prazo prescricional fora interrompido – e a prolação da sentença.

3. A meu sentir, merecedor de reforma a decisão recorrida. Segundo entendimento consolidado do Superior Tribunal de Justiça e deste Egrégio Sodalício Alencarino, o prazo prescricional, após ser interrompido pelo despacho que ordenou a citação, só retornará a correr após a extinção do processo que a interrompeu. Aplicação do art. 202, parágrafo único do Código Civil de 2002 e do art. 219 do Código de Processo Civil.

4. Apelação conhecida e provida. Sentença anulada.

ACÓRDÃO

Acordam os integrantes da Primeira Câmara Cível, por julgamento de Turma, unanimemente, de acordo com o voto do relator, em conhecer a Apelação do BCL – BLOCOS CONSTRUÇÕES LTDA, para dar-lhe provimento, anulando a sentença proferida pelo juiz *a quo*.

RELATÓRIO

Cuidam-se os presentes autos de Apelação Cível interposta por BCL – BLOCOS CONSTRUÇÕES LTDA em desfavor do MUNICÍPIO DE CHAVAL com o fito de reformar a d. sentença proferida pelo MM. Juiz da Vara Ùnica da Comarca de Chaval que extinguiu a ação interposta pelo apelante por considerar haver ocorrido a prescrição intercorrente.

Inicialmente, o recorrente propôs Ação de Execução de Crédito por Contrato (Processo n. 722-88.2000.8.06.0067/1) em que pretendia a condenação do Município de Chaval ao pagamento de R$ 262.430,85 (duzentos e sessenta e dois mil, quatrocentos e trinta reais e oitenta e cinco centavos) em virtude do descumprimento, por parte da Municipalidade, de diversos contratos de empreitada firmados com a sociedade empresária demandante.

Às fls. 121, o d. juízo monocrático determinou a intimação da autora para que a petição inicial fosse emendada, corrigindo-se diversos vícios, tal como a equivocada escolha do rito processual.

Petição inicial emendada às fls. 127/134, optando o autor, desta vez, pelo rito de conhecimento.

O d. magistrado singular, às fls. 145/146, indeferiu a inicial, extinguindo o processo sem resolução de mérito, por considerar não terem sido sanadas todas as irregularidades apontadas.

Às fls. 169/173, a referida sentença fora reformada por esta Egrégia Corte de Justiça, sendo determinado o regular prosseguimento do feito.

Após os trâmites legais, o d. juiz *a quo* novamente extinguiu o processo ao reconhecer a prescrição intercorrente, por ter transcorrido mais de 5 (cinco) anos entre a propositura da demanda e seu julgamento.

Inconformado, o então demandante interpôs o presente recurso apelatório, às fls. 781/803, alegando não ter ocorrido o prefalado fenômeno prescricional.

Às fls. 826/832, a douta Procuradoria Geral de Justiça opina pelo provimento do apelo, a fim que seja reformada a sentença recorrida.

Eis o relatório.

Ao douto revisor.

Fortaleza, 06 de julho de 2011.

VOTO

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

O cerne da questão consiste em saber se a pretensão autoral encontra-se englobada pelo fenômeno da prescrição intercorrente, pelo fato de haver transcorrido mais de 5 (cinco) anos entre a efetivação da citação do apelado – ocasião em que o prazo prescricional fora interrompido - e a prolação da sentença recorrida.

Conforme relatado alhures, BCL – Blocos Construções LTDA., sociedade empresária recorrente, ingressou com ação de cobrança de créditos por contrato a fim de que o Município de Chaval fosse condenado a pagar a quantia de R$262.430,85 (duzentos e sessenta e dois mil, quatrocentos e trinta reais e oitenta e cinco centavos), referente a diversos serviços não pagos prestados pelo apelante àquela Municipalidade.

Ao julgar a demanda, o d. magistrado singular optou por reconhecer a prescrição quinquenal em benefício do Município apelado, com fulcro no art. 269, IV, do Código de Processo Civil, por haver transcorrido mais de 5 (cinco) anos desde o despacho que ordenou a citação, ocasião em que o prazo prescricional fora interrompido.

Inicialmente, cumpre destacar que a prescrição intercorrente é fenômeno que gera o perecimento da pretensão autoral no decorrer de ação já proposta. No ensinamento de Alice Monteiro de Barros, a prescrição intercorrente ocorre "durante a tramitação do feito na Justiça, paralisado por negligência do autor na prática de atos de sua responsabilidade" (BARROS, Alice Monteiro de. Aspectos Jurisprudenciais da Prescrição Trabalhista. *In*: Curso de Direito do Trabalho – Estudos em memória de Célio Goyatá. São Paulo: LTr, 1994, 1º v , 2ª ed., p. 201.)

Assim, se percebe que a prescrição intercorrente ocorrerá quando o demandante falhar em impulsionar o provimento jurisdicional, sendo instituto comumente aplicado aos procedimentos executivos. No processo cognitivo, no entanto, inexiste previsão legal para o fenômeno, uma vez que, em tal modalidade processual, o prazo prescricional é interrompido com o despacho que ordenar a citação do demandado, só voltando a transcorrer quando da extinção do processo, à vista do disposto no art. 202, parágrafo único, do Código Civil, *in verbis*:

> Art. 202. A interrupção da prescrição, que somente poderá ocorrer uma vez, dar-se-á:
>
> I - por despacho do juiz, mesmo incompetente, que ordenar a citação, se o interessado a promover no prazo e na forma da lei processual;
> II - por protesto, nas condições do inciso antecedente;

> III - por protesto cambial;
> IV - pela apresentação do título de crédito em juízo de inventário ou em concurso de credores;
> V - por qualquer ato judicial que constitua em mora o devedor;
> VI - por qualquer ato inequívoco, ainda que extrajudicial, que importe reconhecimento do direito pelo devedor.
>
> Parágrafo único. A prescrição interrompida recomeça a correr da data do ato que a interrompeu, ou do último ato do processo para a interromper.

No mesmo sentido, o art. 219 do Código Processo Civil, *in verbis*:

> Art. 219. A citação válida torna prevento o juízo, induz litispendência e faz litigiosa a coisa; e, ainda quando ordenada por juiz incompetente, constitui em mora o devedor e interrompe a prescrição.

Destarte, como se pode observar nos dispositivos legais acima colacionados, o prazo prescricional da pretensão em comento somente voltará a correr a partir do último ato do processo que a interrompeu. Isso significa dizer que, enquanto ocorrer litispendência, o prazo prescricional permanecerá interrompido. Somente após a extinção do processo, por alguma das causas do art. 267 e 269 do Código de Processo Civil é que a contagem do prazo prescricional reiniciará.

Além disso, não é possível extinguir-se o feito com base na prescrição intercorrente pelo fato de não ter havido desídia do apelante no conduzimento do processo. Como uma simples consulta aos autos pode demonstrar, o caso sob análise consiste em uma relação jurídica de relativa complexidade, que para seu esclarecimento demandou uma série de trâmites judiciais, tais como a realização de diversas audiências e a juntada de diversas provas documentais. Assim, seria irrazoável atribuir a morosidade do regular trâmite processual à parte demandante, que em nada contribuiu para a demora.

Abonando tal entendimento, a doutrina de Cândido Rangel Dinamarco:

> Detido o curso do prazo prescricional pela citação, ele não recomeça a fluir logo em seguida, como ocorre nos demais casos de interrupção da prescrição. A citação é uma causa interruptiva diferenciada: segundo o art. 202, par., do Código Civil, a prescrição interrompida por ela só se reinicia depois do último ato do processo para interromper - ou seja, a prescrição se interrompe no momento indicado pelo art. 219 do Código de Processo Civil e seu curso permanece impedido de fluir durante toda a litispendência (sendo extraordinários os casos de prescrição intercorrente, que só se configuram quando a longa paralisação do processo é fruto exclusivo da desídia do demandante). Tendo fim a litispendência pela extinção do processo, o prazo recomeça - e, como é natural às interrupções de prazo, quando a contagem volta

> a ser feita desconsidera-se o tempo passado antes da interrupção e começa-se novamente do zero (o dia em que o processo se considerar extinto será o *dies a quo* no novo prazo prescricional. Obviamente, se o processo terminar com a plena satisfação do direito alegado pelo credor - contrato anulado pela sentença, execução consumada, bem recebido etc. - nenhum prazo se reinicia, simplesmente porque o direito está extinto e nenhuma ação ainda resta pro exercer em relação a ele." (Cândido Rangel Dinamarco, *in* "Instituições de Direito Processual Civil", volume II, 3ª Edição, 2002, Malheiros, p. 89)

Nesse sentido a jurisprudência deste Egrégio Sodalício Alencarino:

> Ementa: DIREITO PROCESSUAL CIVIL. APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE EXECUÇÃO. EXTINÇÃO DO PROCESSO COM RESOLUÇAO DE MÉRITO. PRESCRIÇÃO INTERCORRENTE. INOCORRÊNCIA. 1 - A doutrina considera que a prescrição intercorrente se configura quando o credor deixa de praticar ato que lhe compete, deixando o processo parado por prazo superior ao da prescrição legal de que se trate cada caso. 2 - O parágrafo único do artigo 202 do novel Código Civil dispõe que a prescrição interrompida recomeça a correr da data do ato que a interromper, ou do último ato do processo para a interromper. 3 - Na espécie, a magistrada de primeiro grau assevera que o processo se encontrava parado desde 03 de outubro de 1997 e considerou como sendo este o último ato do processo para fundamentar a prescrição intercorrente. 4 - Considerando o prazo prescricional de cinco anos (CC, § 5º, I, do artigo 206) contado do último ato do processo, em 10.06.2003, vê-se que o lapso temporal findaria em outubro de 2008 e não em 2002. 5 - Recurso conhecido e provido. Sentença anulada. apelação cível 27104286200080600011 Relator(a): FRANCISCO BARBOSA FILHO Comarca: Fortaleza. Órgão julgador: 5ª Câmara Cível. Data de registro: 09/03/2011)

Não é outro o entendimento do Egrégio Superior Tribunal de Justiça:

> RECURSO ESPECIAL Nº 934.736 - RS (2007/0059064-8) EMENTA PROCESSUAL CIVIL. BNCC. EXTINÇÃO. SUCESSÃO DA UNIÃO. ADMINISTRAÇÃO PELO BANCO DO BRASIL S/A. LEI 8.029/90 E DECRETO Nº 1.260/94. PLANO COLLOR. VALORES RETIDOS.INTERRUPÇÃO DA PRESCRIÇÃO. PROCESSO EXTINTO, SEM JULGAMENTO DO MÉRITO, POR ILEGITIMIDADE PASSIVA *AD CAUSAM* . INTERPRETAÇÃO DOS ARTS. 172 E 175, DO CÓDIGO CIVIL DE 1916 E DO ART. 219, DO CPC. SEGUNDA DEMANDA, AJUIZADA CONTRA A UNIÃO, ANTES DE CINCO

> ANOS DO TRÂNSITO EM JULGADO DA PRIMEIRA AÇÃO CONTRA O BANCO DO BRASIL. PRAZO PRESCRICIONAL NÃO TRANSCORRIDO. DECRETO N.º 20.910/32.1. (…) 2. A citação válida em processo extinto, sem julgamento do mérito, excepcionando-se as causas de inação do autor (art. 267, incisos II e III, do CPC), interrompe a prescrição. Precedentes: RESP 231314 / RS ; Rel. Min. JOSÉ ARNALDO DA FONSECA, DJ de 16/12/2002; AGRESP 439052 / RJ ; Rel. Min.ª NANCY ANDRIGHI, DJ de 04/11/2002; RESP 238222 / SP ; Rel. Min. CASTRO FILHO, DJ de 13/08/2001; RESP 90454 / RJ ; Rel. Min. BARROS MONTEIRO, DJ de 18/11/1996. (...) 5. A citação é formalmente válida quando revestida dos requisitos de modo, tempo e lugar bem como a realizada na pessoa indicada na inicial como o demandado, e a citação nula, ou seja, eivada de vício formal, não interrompe a prescrição. (…) 6. O efeito interruptivo da prescrição se opera quando validamente citada a pessoa cuja legitimidade seja controversa, havendo, inclusive aparência de correta propositura. 7. A *ratio essendi* dos arts 172 e 175 do Código Civil revogado e do art. 219, do CPC, é a de favorecer o autor diligente na proteção do seu direito, porquanto, raciocínio inverso conspiraria contra a dicção do art. 219, do CPC e do art. 172 Código Civil, bem como do art. 175, do CC, o qual preceitua que "A prescrição não se interrompe com a citação nula por vício de forma, por circunduta, ou por se achar perempta a instância ou a ação." 8. Deveras, o prazo prescricional interrompido pela citação válida somente reinicia o seu curso após o trânsito em julgado do processo extinto sem julgamento do mérito, tanto mais que, se assim não o fosse, a segunda ação também seria extinta por força da litispendência. (…) 10. Consectariamente, em tendo ocorrido o trânsito em julgado da sentença da primeira ação proposta contra o Banco do Brasil, que foi extinta, sem julgamento do mérito, publicada em 08.09.2003 (fl. 154), a segunda demanda, ajuizada contra a União, em 16.04.2004, não foi atingida pela prescrição qüinqüenal do Decreto n.º 20.910/32.11. Recurso especial desprovido. (RECURSO ESPECIAL Nº 934.736 - RS (2007/0059064-8) RELATOR : MINISTRO LUIZ FUX, 06/11/2008)

À luz de todo o exposto, mister se faz reconhecer que não houve prescrição intercorrente no caso em comento, à luz do disposto no parágrafo único do art. 202 do Código Civil e das jurisprudências retrocitadas.

ISSO POSTO, conheço a apelação de BCL – BLOCOS CONSTRUÇÕES LTDA, para dar-lhe provimento, a fim de anular a sentença proferida pelo magistrado singular, e determinar o regular processamento da demanda.

Fortaleza, 1 de agosto de 2011.

PROCESSO Nº 77856-88.2006.8.06.0001/1.
APELAÇÃO.
APELANTE: M.G.M.B (REPRESENTADA POR R.M.S.M).
APELADO: R.S.B
RELATOR: DES. FERNANDO LUIZ XIMENES ROCHA.

EMENTA: PROCESSUAL CIVIL. ALIMENTOS. JULGAMENTO ANTECIPADO DA LIDE. INVIABILIDADE. NOMEAÇÃO DE CURADOR. COLIDÊNCIA INEQUÍVOCA ENTRE OS INTERESSES DA MENOR E OS DE SUA GENITORA. NÃO CONFIGURAÇÃO. EXTINÇÃO DO FEITO. ABANDONO DA CAUSA. DEVIDO PROCESSO LEGAL. INOBSERVÂNCIA. NULIDADE.

1. É inviável o julgamento antecipado da lide com amparo nos efeitos materiais da revelia e no art. 515, §3º, do CPC, quando, a despeito do comparecimento do réu em audiência sem oferecimento de resposta, verifica-se que a comunicação acerca do necessário exercício do direito de defesa não se implementou nos moldes do art. 5º, *caput* e parágrafos, da Lei de Alimentos, afetando, à evidência, o regular exercício do contraditório e da ampla defesa.

2. Diante da incorreção do nome da representante legal da autora no mandado de intimação e da precariedade das diligências efetuadas pelo oficial de justiça para efetivação do ato de convocação processual, revela-se temerário nomear curador à lide sob suposta colidência entre os interesses da menor e os da genitora desta, suscitada sob o argumento de desistência do feito.

3. Não revelando os fólios, de maneira inequívoca, que a parte deliberadamente deixou de praticar ato que lhe competia por mais de trinta dias, é nula a decisão judicial que suspende o curso da demanda sem subsequente intimação do patrono da requerente e empós extingue-a sem resolução de mérito com amparo no art. 267, III, do CPC, sem prévia intimação pessoal para suprir a pretensa falta em quarenta e oito horas, com inobservância, portanto, do §1º do mesmo preceptivo.

4. Apelação conhecida e desprovida, com decretação de ofício da nulidade do feito a partir da fl. 13, para viabilizar a intimação regular da autora com prosseguimento do trâmite processual.

ACÓRDÃO

Acordam os integrantes da Primeira Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, por julgamento de Turma, unanimemente, em desprover a apelação,

mas decretar de ofício a nulidade do feito a partir da fl. 13, para viabilizar a intimação regular da autora com prosseguimento do trâmite processual, tudo de conformidade com o voto do Relator.

Fortaleza, 20 de junho de 2011.

RELATÓRIO

Cuida-se de apelação interposta em face da sentença que extinguiu ação de alimentos promovida pela menor M.G.M, com fundamento no art. 267, inc. III do CPC (fl. 21).

A recorrente aduz (fls. 23-7):

a) o apelado foi regularmente citado, porquanto compareceu à audiência de conciliação, a qual não se realizou à míngua de intimação da promovente, que não mais reside no endereço indicado;

b) na colidência dos interesses da infante e da representante legal desta, prevalecem os daquela, pelo que, sendo indisponível o direito à prestação alimentícia, a convicção judicial de abandono da causa pela genitora da demandante não pode ensejar a extinção do feito em prejuízo desta, que terá de ajuizar nova ação e de suportar longo período sem provisão de alimentos;

c) incide *in casu* o art. 142 da Lei nº 8.069/1990 e o art. 9º, inc. I, do CPC , o que foi requerido mas não apreciado pelo magistrado;

d) falta de intimação da defensora pública sobre o teor da decisão de fl. 19, devendo o ato ser pessoal;

e) viabilidade de julgamento de mérito ante a revelia, com amparo nos arts. 330 e 515, §3º, do CPC.

Sem contrarrazões.

Instada a se manifestar, a Procuradoria Geral de Justiça pronunciou-se pelo provimento da insurreição sob o fundamento primordial de indisponibilidade do direito objeto da lide e de prevalência do interesse do incapaz quando divergente com o de seu representante legal.

É o relatório.

VOTO

Recurso tempestivamente interposto. Atendidos os demais requisitos de admissibilidade, conheço da apelação.

Analiso, de primeiro, a pretensão recursal de julgamento antecipado da lide.

Afirma a apelante que o promovido compareceu à audiência de conciliação, considerando-se, portanto, regularmente citado, daí porque, como não apresentou resposta, é revel, devendo os fatos articulados ser reputados verdadeiros e o pedido julgado procedente nesta instância recursal.

Compulsando os fólios, verifica-se, todavia, a ausência do AR referente à carta de fl. 09, na qual há expressa advertência ao réu de que no dia aprazado (1º.11.2006) deveria apresentar-se em juízo acompanhado de advogado e produzir defesa, sob pena de revelia.

Na realidade, ao que se dessume dos autos, o suplicado compareceu na data supramencionada exclusivamente porque no mandado destinado à intimação da requerente consta, por equívoco na confecção daquele expediente, o endereço daquele e não desta, para lá se dirigindo o oficial de justiça (fls. 10-10*v*).

Assim, apesar de o requerido haver comparecido ao ato, não pode suportar o ônus da revelia, afinal a comunicação acerca do necessário exercício do direito de defesa não se implementou nos moldes do art. 5º, *caput* e parágrafos, da Lei de Alimentos, afetando, à evidência, o regular exercício do contraditório e da ampla defesa[1].

Assim, não vislumbro a possibilidade de julgamento antecipado do feito com amparo no art. 515, §3º, do CPC.

No que tange à pretensão recursal de nomeação de curador nos moldes do art. 9º, inc. I, do CPC e art. 142 do ECA, não percebo à evidência a configuração da suscitada colidência entre os interesses da autora e os de sua representante legal.

É que, também nesse tocante, o caderno processual aponta para a falta de diligência do juízo na realização dos atos de comunicação das partes.

Ora, como já salientado, a representante legal da requerente, num primeiro momento, não foi intimada sobre a audiência a se realizar em 1º.11.2006, porque no mandado respectivo não constou o endereço indicado na inicial, mas o do réu.

Posteriormente, constatado o engano pela defensora pública, expediu-se mandado de intimação de Maria Sousa Mesquita, todavia, a genitora da autora é a sra. R.M.S.M, conforme certidão de nascimento e procuração outorgada ao defensor público (fls. 5-6 e 13).

Ademais, o meirinho, em cumprimento de seu mister, certifica apenas que uma cidadã não identificada informou que a intimanda não reside mais no local, sendo o atual paradeiro desconhecido (fl. 15).

Nesse tocante, como sabido, o atendimento às prescrições legais é condição à presunção de veracidade de que se revestem as certidões exaradas pelo oficial de justiça, sob pena de nulidade (arts. 239 e 247 do CPC)[2].

Na hipótese em apreço, afigura-se precária a diligência efetivada pelo servidor público, porquanto sequer registra o nome da pessoa de quem obteve notícia de

---

1 Lei Art. 5478/1968: Art. 5º. O escrivão, dentro de 48 (quarenta e oito) horas, remeterá ao devedor a segunda via da petição ou do termo, juntamente com a cópia do despacho do juiz, e a comunicação do dia e hora da realização da audiência de conciliação e julgamento.

§ 1º. Na designação da audiência, o juiz fixará o prazo razoável que possibilite ao réu a contestação da ação proposta e a eventualidade de citação por edital.

§ 2º. A comunicação, que será feita mediante registro postal isento de taxas e com aviso de recebimento, importa em citação, para todos os efeitos legais.

2 CPC, art. 239: Far-se-á a intimação por meio de oficial de justiça quando frustrada a realização pelo correio.

Parágrafo único. A certidão de intimação deve conter:

I- a indicação do lugar e a descrição da pessoa intimada, mencionando, quando possível, o número de sua carteira de identidade e o órgão que a expediu;

II- a declaração de entrega da contrafé;

III- a nota de ciente ou certidão de que o interessado não a apôs no mandado

CPC, art. 247: As citações e as intimações serão nulas, quando feitas sem observância das prescrições legais.

que a intimanda não mora no local mencionado no mandado respectivo, o qual, de outra banda, não discrimina corretamente a destinatária do ato.

Caberia, *in casu*, ao agente envidar os esforços indispensáveis a revelar, de forma estreme de dúvida, que a representante legal da autora efetivamente não mais reside no mesmo endereço apontado na preambular.

Sobre o tema, arestos do STJ:

> PROCESSUAL CIVIL. EXECUÇÃO. CITAÇÃO E INTIMAÇÃO DA PENHORA DA AVALISTA. DECLARAÇÃO DO OFICIAL DE JUSTIÇA DE QUE OS ATOS FORAM PRATICADOS. CERTIDÕES INCOMPLETAS. REQUISITOS FORMAIS NÃO ATENDIDOS. NULIDADE. CPC, ARTS. 226, 239 E 247. PREQUESTIONAMENTO AUSENTE QUANTO À MATÉRIA REFERENTE À ESPOSA DO CO-EXECUTADO. SÚMULA Nº 211-STJ.
>
> I. A fé-pública de que goza o Oficial de Justiça se acha vinculada ao atendimento, pelo servidor, das formalidades previstas nos arts. 226 e 239 da lei adjetiva civil, quanto à completa e correta certificação das diligências alusivas à citação e intimação da parte.
>
> II. Declarado pelo meirinho que houve a cientificação da avalista, agora já falecida, porém sem que das certidões constasse nem a sua assinatura em ambas as ocasiões, nem a justificativa para a não colheita da firma e tampouco a descrição da co-executada, desfaz-se a presunção legal da higidez dos atos, acarretando a nulidade dos mesmos, ao teor do art. 247 do CPC.
>
> III. Incidência da Súmula n. 211 do STJ no tocante à matéria subjacente.
>
> IV. Recurso especial conhecido em parte e, nessa parte, provido. (REsp 178020/SP – Rel. Min. Aldir Passarinho Júnior - DJ 03.06.2002 - P. 209)

> PROCESSUAL CIVIL. ARREMATAÇÃO. EMBARGOS. INTIMAÇÃO POR EDITAL. CERTIDÃO DO OFICIAL DE JUSTIÇA ATESTANDO A NÃO LOCALIZAÇÃO DOS EXECUTADOS. POSTERIOR DILIGÊNCIA COM RESULTADO CONTRÁRIO. DECISÃO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA QUE ANULA A ALIENAÇÃO JUDICIAL POR VÍCIO NA INTIMAÇÃO POR INFIDELIDADE NA SITUAÇÃO ANTES RETRATADA PELO OFICIAL. POSSIBILIDADE. SÚMULA N. 7-STJ.
>
> I. Conquanto goze a certidão do Oficial de Justiça de fé pública, a presunção de veracidade não é absoluta, de sorte que pode o Tribunal de Justiça, à luz de outros elementos fáticos concretos encontrados no processo, desconsiderar o resultado da diligência e, em consequência, anular a arrematação cuja intimação aos executados se deu pela via editalícia.

> II. "A pretensão de simples reexame de prova não enseja Recurso Especial." (Súmula n. 7/STJ)
> III. Recurso especial não conhecido. (REsp 599513/PR – Rel. Min. Aldir Passarinho Júnior - DJe 16.09.2010)

Por conseguinte, diante do contexto processual em análise, não constato, de maneira inequívoca, o suscitado abandono da causa pela representante legal da autora, pressuposto necessário para a requestada nomeação de curador ante a suscitada colidência entre os interesses daquela e os da requerente.

Todavia, a despeito de os fundamentos acima expostos não justificarem a pretensão recursal, verifico nulidade cognoscível de ofício pertinente à inobservância do devido processual legal.

É que, mesmo diante dos vícios já apontados, o magistrado de 1º grau acolheu a manifestação do *parquet* para determinar a suspensão do feito por 90 (noventa dias) no aguardo de iniciativa da parte autora, não sendo o defensor público intimado do ato (fls. 18-19).

Na sequência, extinguiu o feito sem resolução de mérito por considerar caracterizada desídia da suplicante, sem cumprir, todavia, o disposto, no art. 267, inc. III e §1º, do CPC, que impõe a prévia intimação pessoal da parte[3] , surpreendendo-a com a afronta ao princípio da boa fé e cooperação, ao qual também se submete o julgador; confira-se:

> […]
> O feito tramitou regularmente, quando por diversas ocasiões foram expedidos mandados com intuito de localizar a parte promovente sem que a mesma fosse localizada, configurando assim abandono da causa.
> A representante do MP em parecer às fls. 38 pugnou pela extinção do feito.
> *Ex positis*, diante da desídia da parte promovente, JULGO EXTINTO o presente feito, o que faço nos termos do art. 267, III, do CPC.

Do exposto, nego provimento à apelação, mas decreto de ofício a nulidade do feito a partir da fl. 13, para viabilizar a intimação regular da autora e o prosseguimento do trâmite processual.

É como voto.

---

[3] CPC, art. 267: Extingue-se op processo sem resolução de mérito:
I- *omissis* ...
III- quando, por não promover os atos e diligências que lhe competir, o autor abandonar a causa por mais de trinta dias.
[...]
§1º O juiz ordenará, nos casos dos nºs II e III, o arquivamento dos autos, declarando a extinção do processo, se a parte, intimada pessoalmente, não suprir a falta em quarenta e oito horas.

PROCESSO Nº 786673-13.2000.8.06.0001/1. APELAÇÃO CÍVEL.
APELANTE: AUTARQUIA MUNICIPAL DE TRÂNSITO, SERVIÇOS PÚBLICOS E DE CIDADANIA DE FORTALEZA (AMC).
APELADA: INÁCIA TEREZA DE JESUS.
RELATOR: DES. FERNANDO LUIZ XIMENES ROCHA.

EMENTA: ADMINISTRATIVO. APELAÇÃO CÍVEL. AUTARQUIA MUNICIPAL. CONDENAÇÃO EM CUSTAS PROCESSUAIS. ISENÇÃO. REGIMENTO DE CUSTAS DO ESTADO DO CEARÁ. MULTA DE TRÂNSITO. LICENCIAMENTO DO VEÍCULO CONDICIONADO AO PRÉVIO PAGAMENTO. NOTIFICAÇÕES DE AUTUAÇÃO E DE PENALIDADE COMPROVADAS. AUSÊNCIA DE VIOLAÇÃO ÀS SÚMULAS 127 DO STJ E 28 DO TJCE. DEVIDO PROCESSO LEGAL. APELO PROVIDO.

1. O art. 10, inciso I, da Lei estadual nº 12.381/1994 (Regimento de Custas do Estado do Ceará) confere isenção de pagamento de custas processuais ao Estado do Ceará e seus Municípios, bem como aos respectivos órgãos autárquicos e fundacionais, motivo por que é indevida a condenação da recorrente em custas processuais.

2. Havendo sido regularmente notificada a recorrente, tanto da autuação (CTB, art. 281, parágrafo único, II) quanto da aplicação de penalidade (CTB, art. 282), tendo aquela inclusive formalizado a respectiva "defesa de autuação de trânsito", não há falar em vulneração ao princípio do devido processo legal (CF, art. 5º, LV) tampouco ao entendimento firmado pelo Superior Tribunal e por esta Corte de Justiça estadual, notadamente nas Súmulas 127/STJ e 28/TJCE, segundo as quais "É ilegal condicionar a renovação da licença de veículo ao pagamento de multa, da qual o infrator não foi notificado".

3. Recurso conhecido, e provido.

ACÓRDÃO

Acordam os integrantes da Primeira Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, por julgamento de Turma, unanimemente, em conhecer da apelação, mas para dar-lhe provimento, nos termos do voto do Relator.

Fortaleza, 09 de maio de 2011.

RELATÓRIO

Cuida-se de apelação cível (fls. 94-111) aforada por Autarquia Municipal de Trânsito, Serviços Públicos e de Cidadania de Fortaleza (AMC), ante a sentença (fls. 81-89) prolatada pelo Juiz da 4ª Vara da Fazenda Pública desta Comarca, a qual, em sede de ação ordinária, julgou procedente o pedido e reconheceu a ilegalidade da multa de trânsito em face da ausência das notificações a ser procedidas pelo órgão público, condenando-o em custas e verba honorária arbitradas em 10% (dez por cento) do valor da causa.

Ante o disposto no art. 475, § 2º, CPC, a demanda não foi submetida ao duplo grau de jurisdição.

Gratuidade judiciária conferida à autora à fl 24, no âmbito da decisão singular que deferiu em seu favor a antecipação de tutela.

Em razões recursais, argumenta a apelante ser indevida a sua condenação em custas processuais, porquanto integrante da Administração Pública Indireta municipal (criada pela Lei municipal nº 8.419/2000).

Assevera, ainda, haver propiciado à recorrida, quando de sua autuação, o princípio da ampla defesa, e que a própria lei de trânsito (CTB, arts. 131, §2º, e 128, *caput*) estabelece a necessidade de condicionamento do licenciamento e da transferência do veículo ao pagamento de multas de trânsito, tal não significando qualquer sanção política, mas auto-executoriedade e presunção de legitimidade dos atos administrativos, o que encontra consonância com as Súmulas 127 do Superior Tribunal e 28 desta Corte estadual.

Aduz que à época da infração, havia apenas previsão normativa para uma (1) notificação, a de autuação, não sendo, pois, aplicável a Súm. 312 do STJ, de modo que "só é ilegal quando o infrator não é notificado do cometimento da infração, o que não é o caso" (fl. 102).

Por fim, refere ser impossível à suplicante proceder à execução de todas as multas aplicadas por meio do Poder Judiciário, via execução fiscal, e certamente emperraria os serviços nas varas fiscais.

A título de prequestionamento, explicita os arts. 128 e 131, §2º, do CTB.

Contrarrazões às fls. 146-153, em que a recorrida defende a manutenção do julgado, ao repisar ser nula a exigência da multa por ausência de notificação (Súm. 312, STJ), visto que o art. 281, parágrafo único, II, do CTB não faz a aplicação da penalidade prescindir de defesa prévia (defesa da autuação), de forma que vulnerados os princípios da ampla defesa e do contraditório.

Colige a recorrida diversos excertos de jurisprudência a fim de reforçar suas asserções.

Afirma, ao fim, ser impossível a vinculação do licenciamento ao pagamento de multas.

O representante do Ministério Público, em parecer de fls. 168-178, opinou pelo provimento do apelo.

É o relatório.

VOTO

Conheço do apelo, presentes os requisitos de admissibilidade.

Como visto, insurge-se a recorrente, preliminarmente, da decisão singular que a condenou em custas processuais e, no mérito, reconheceu a ilegalidade da imposição de multa de trânsito à apelada por ausência de notificações válidas exigidas em lei.

Cumpre, em princípio, mencionar que, segundo o preceituado no art. 10, I, da Lei estadual nº 12.381, de 09 de dezembro de 1994 (Regimento de Custas do Estado do Ceará), "são isentos do pagamento de custas o Estado do Ceará e seus Municípios, bem como os respectivos órgãos autárquicos e fundacionais", razão pela qual é indevida a condenação da recorrente em custas processuais.

No mérito, o fato de a recorrida haver sido regularmente notificada (fls. 38 e 39), tendo ela, ademais, formalizado a respectiva "defesa de autuação de trânsito" (fls. 16 e 17), revela que a AMC procedeu sem desrespeito a quaisquer direitos consagrados constitucionalmente à recorrida (CF, art. 5º, LV), bem como em atenção à norma legal (CTB, art. 281, parágrafo único, II: *notificação de autuação*; e art. 282: *notificação de penalidade*) e ao entendimento firmado pelo Superior Tribunal e por esta Corte de Justiça estadual, notadamente nas Súmulas 127/STJ e 28/TJCE, *in verbis*:

> Súmula 127/STJ: "É ilegal condicionar a renovação da licença de veículo ao pagamento de multa, da qual o infrator não foi notificado".
>
> Súmula 28/TJCE: "O Departamento Estadual de Trânsito (DETRAN) não pode condicionar a renovação da licença de veículo ao pagamento de multa, da qual o suposto infrator não foi notificado".

Desta feita, regularmente notificada a recorrida, entendo ser legal a exigência de pagamento da multa a si dirigida quando licenciamento do veículo, bem como indevida a condenação da apelante em custas processuais, por integrar esta a Administração Pública Indireta municipal.

Do exposto, conheço do apelo, para dar-lhe provimento.

É como voto.

APELAÇÃO CÍVEL/REEXAME NECESSÁRIO Nº 796302-11.2000.8.06.0001/1
REMETENTE: JUIZ DE DIREITO DA 4ª VARA DA FAZENDA PÚBLICA DA COMARCA DE FORTALEZA
APELANTE: DEPARTAMENTO ESTADUAL DE TRÂNSITO - DETRAN
APELADO: JOSÉ ALZIR FRANÇA FILHO
RELATOR DESEMBARGADOR ADEMAR MENDES BEZERRA

EMENTA: APELAÇÃO E REEXAME NECESSÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. NULIDADE DE MULTA POR AUSÊNCIA DE PROVA DA DUPLA NOTIFICAÇÃO EXIGIDA PELO CÓDIGO DE TRÂNSITO BRASILEIRO. CONFORMIDADE DA SENTENÇA VERGASTADA COM A SÚMULA Nº 312, DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA.

- Trata-se de apelação com o fito de reformar a sentença de primeiro grau que declarou nula a multa referente ao auto de infração de nº 6805529 de responsabilidade do DETRAN, não gerando qualquer efeito a anotação da infração, levantando-se definitivamente a pontuação no prontuário do proprietário do veículo de placa HWS 3205, permanecendo válidas as demais multas lavradas pela AMC.
- Conforme a súmula nº 312, do STJ, as notificações da autuação e da aplicação da pena decorrente da infração são indispensáveis para a imposição de multa.
- *In casu*, o apelante não se desincumbiu de seu ônus de comprovar a dupla notificação.
- Apelação e reexame necessário conhecidos e improvidos.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos da Apelação Cível e Reexame Necessário nº 796302-11.2000.8.06.0001/1, em que figuram as partes acima referidas.

Acordam os Desembargadores integrantes da 2ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, à unanimidade, em negar provimento ao apelo/remessa, nos termos do voto do Relator.

Fortaleza, 16 de março de 2011.

RELATÓRIO

Trata-se de reexame necessário e recurso apelatório interposto pelo DETRAN contra sentença proferida pelo Juiz de Direito da 4ª Vara da Fazenda Pública desta Comarca que julgou procedentes em parte os pedidos formulados na inicial do mandado de segurança impetrado por José Alzir França Filho, declarando nula a multa referente ao auto de infração de nº 6805529 de responsabilidade do DETRAN, não gerando qualquer efeito a anotação da infração, levantando-se definitivamente a pontuação no prontuário do proprietário do veículo de placa HWS 3205, permanecendo

válidas as demais multas lavradas pela AMC.

Nas razões do apelo, o recorrente alega que todos os procedimentos previstos em lei foram disponibilizados ao infrator, mas em momento algum ele fez valer os seus direitos ao contraditório e à legítima defesa. Suscita que embora o impetrante tenha alegado a existência de cerceamento de defesa junto a JARI – Junta Administrativa de Recursos de Infrações. Afirma que até a presente data nenhum processo administrativo foi proposto no colegiado administrativo competente, não sendo verídico o apontamento feito na inicial, no que tange às devidas notificações, que foram expedidas em conformidade com o art. 18, PARÁGRAFO ÚNICO, inciso II, do Código de Trânsito Brasileiro. Destarte, fica claro que o autor induziu o magistrado sentenciante ao erro, por ventilar a ocorrência de vícios inexistentes.

Contrarrazões, às fls. 103/105.

Parecer da Procuradoria Geral de Justiça, às fls. 117/122.

É o relatório.

VOTO

A matéria devolvida no presente apelo já se encontra pacificada na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça que sobre a questão editou a súmula 127:

> "É ilegal condicionar a renovação da licença de veículo ao pagamento de multa, da qual o infrator não foi notificado. (Súmula 127, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 14/03/1995, DJ 23/03/1995 p. 6730)"

Assim, deve-se perquirir se houve a notificação do infrator pelas autoridades impetradas. Tendo a Autarquia Municipal de Trânsito comprovado a ciência do impetrante, da penalidade a ele imposta, indiscutível é a possibilidade de recusa do licenciamento até que tais multas sejam pagas. Irreprochável, portanto, a sentença vergastada quando inacolheu as pretensões autorais relativas à AMC.

No que tange ao DETRAN, a discussão se desloca da órbita do licenciamento para a própria legalidade da multa de nº 6805529.

Aqui, também, a matéria se encontra sumulada pelo STJ:

> "No processo administrativo para imposição de multa de trânsito, são necessárias as notificações da autuação e da aplicação da pena decorrente da infração. (Súmula 312, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 11/05/2005, DJ 23/05/2005 p. 371)"

Suscitada a legalidade da autuação no presente Mandado, o apelante não se desincumbiu de seu ônus de comprovar a dupla notificação exigida pelo Código de Trânsito Brasileiro e pelo supracitado enunciado sumular.

Deste modo, entendo como inatacável o *decisum a quo*.

À vista do exposto, conheço da apelação e da remessa necessária apenas para lhes negar provimento pelas razões acima expostas.

É como voto.

Fortaleza, 16 de março de 2011.

PROCESSO Nº 569-13.2005.8.06.0089/1
REEXAME NECESSÁRIO
COMARCA: VARA ÚNICA DA COMARCA DE ICAPUÍ
REMETENTE: JUIZ DE DIREITO DA COMARCA DE ICAPUÍ
AUTORAS: MARIA LIONETE FIRMO DE OLIVEIRA E MARIA DAS GRAÇAS DA COSTA
RÉU: MUNICÍPIO DE ICAPUI - CE
RELATORA: DESEMBARGADORA MARIA NAILDE PINHEIRO NOGUEIRA

EMENTA: ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. REEXAME NECESSÁRIO. REMOÇÃO DE SERVIDOR MUNICIPAL. AUSÊNCIA DE MOTIVAÇÃO. NULIDADE DO ATO. SENTENÇA CONFIRMADA. REMESSA CONHECIDA E IMPROVIDA.

1.A transferência de servidor divorciado de fundamentação incorre em arbitrariedade, pois o ato de remoção de funcionário público deve observar, necessariamente, a motivação e os critérios que regem os atos administrativos.

2. O princípio da motivação possui natureza garantidora quando os atos levados a efeito pela Administração Pública atingem a seara individual dos servidores. Assim, a remoção só pode ser efetuada se motivada em razão de interesse do serviço.

3. Recurso improvido, sentença confirmada.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos do PROCESSO Nº 569-13.2005.8.06.0089/1, acordam os Desembargadores que compõem a Segunda Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, por unanimidade de votos, confirmar a sentença em reexame.

RELATÓRIO

Cuida-se de Reexame Necessário de decisão sujeita ao duplo grau de jurisdição obrigatório prolatada pelo MM Juiz de Direito nos autos de Mandado de Segurança com pedido de liminar impetrado por MARIA LIONETE FIRMO DE OLIVEIRA E MARIA DAS GRAÇAS DA COSTA contra o Prefeito do Município de Icapuí e contra ato abusivo praticado pela Secretária de Educação do Município de Icapuí.

Alegaram as impetrantes que ingressaram no serviço público Municipal em agosto de 1990, após terem sido submetidas a concurso público e aprovadas para o cargos de auxiliar de serviços gerais, sendo lotadas na Escola Municipal de Mutamba. Afirmaram que, por perseguição política, foram transferidas unilateralmente pela Secretária de Educação do Município para outra escola, por meio de ato administrativo abusivo e arbitrário.

À fl. 24v, fora deferida liminar pleiteada, tendo em vista a presença dos requisitos autorizadores de sua concessão.

Sem informações da parte impetrada, conforme certidão de fl. 27.

Às fls. 29/33, consta parecer ministerial pela concessão da segurança, além de opinar pela adequação do pólo passivo da demanda, excluindo o Prefeito Municipal, por não ser autor, responsável ou executor do ato.

A sentença, às fls. 34/39, excluiu o Prefeito do pólo passivo da ação, por ser parte ilegítima e concedeu a segurança, declarando a nulidade e ilegalidade dos atos de transferência de MARIA LIONETE FIRMO DE OLIVEIRA e MARIA DAS GRAÇAS DA COSTA praticados pela autoridade coatora. Além disso, determinou a recondução das impetrantes ao cargo que anteriormente ocupavam na Escola de Ensino Fundamental Manoel Leite na localidade de Mutamba.

O douto parecer da Procuradoria Geral de Justiça, às fls. 53/55, se manifestou pelo conhecimento da remessa necessária, mas por seu improvimento.

Eis, em síntese, o relatório.

VOTO

Atendidos os requisitos de admissibilidade da presente demanda, passo a decidir.

Vejo que a decisão monocrática encontra-se balizada nos preceitos administrativos, devendo ser confirmada em sua totalidade.

Depreende-se dos autos que o mandado de segurança em tela fora impetrado pelo inconformismo das servidoras MARIA LIONETE FIRMO DE OLIVEIRA e MARIA DAS GRAÇAS DA COSTA, lotadas em agosto de 1990 na Escola Municipal de Mutamba, em Icapuí, quanto à transferência para a Escola Estadual localizada na comunidade de Cajuais, por determinação da Secretária de Educação do Município de Icapuí.

A administração pública tem o direito de remover seus funcionários, ainda que estáveis, sempre que a remoção seja recomendada pelo interesse público, ao qual cede o interesse particular do servidor. No entanto, o ato de remoção de funcionário público efetivo e estável deve ser, necessariamente, motivado.

Discorrendo acerca da motivação, lesiona HELY LOPES MEIRELLES[1]:

> "Hoje, em face da ampliação do princípio do acesso ao Judiciário (CF, art. 5º, XXXV), conjugado com o da moralidade administrativa (CF, art. 37, *caput*), a motivação é, em regra, obrigatória. Só não o será quando a lei a dispensar ou se a natureza do ato for com ela incompatível. Portanto, na atuação vinculada ou na discricionária, o agente da Administração, ao praticar o ato, fica na obrigação de justificar a existência do motivo, sem o quê o ato será inválido ou, pelo menos, invalidável, por ausência da motivação"

No caso em tela, resta claro que não houve qualquer fundamentação específica para a determinação da remoção das impetrantes para outro local de trabalho. Ao apreciar os argumentos suscitados nos autos, alegados de forma clara e objetiva, constata-se que o ato da Secretária de Educação do Município de Icapuí desrespeitou os princípios constitucionais norteadores da administração pública.

Ainda sobre o tema, ensina Maria Sylvia Zanella di Pietro[2]:

> "O princípio da motivação exige que a Administração Pública indique os fundamentos de fato e de direito de suas decisões (...)
> A sua obrigatoriedade se justifica em qualquer tipo de ato, porque se trata de formalidade necessária para permitir o controle de legalidade dos atos administrativos"

Nesse sentido:

> PROCESSUAL CIVIL. ART. 535 DO CPC. VIOLAÇÃO. NÃO EXISTÊNCIA. ATO ADMINISTRATIVO. AUSÊNCIA DE MOTIVAÇÃO. NULIDADE DO ATO.
> 1. O artigo 535 do Código de Processo Civil estabelece como fundamento dos declaratórios a existência de omissão, obscuridade ou contradição no acórdão.
> 2. Ausente violação ao art. 535 do Código de Processo Civil quando o Tribunal *a quo* analisa devidamente a questão posta em juízo, fundamentando satisfatoriamente seu entendimento.
> 3. O ato administrativo que determina a remoção de servidor público deve ser motivado. Precedentes. 4. Agravo regimental improvido. (AgRg no

1 in Direito Administrativo Brasileiro, 28ª ed., São Paulo: Malheiros, 2003, pág. 149.

2 *Direito Administrativo* , 15ª ed., São Paulo: Atlas, 2003, p. 82

> REsp 1142723 / AM, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, DJe 28/06/2010)
>
> ADMINISTRATIVO. SERVIDOR PÚBLICO ESTADUAL. REMOÇÃO *EX OFFICIO*. MOTIVAÇÃO. AUSÊNCIA. NULIDADE DO ATO. RECURSO ORDINÁRIO PROVIDO.
> 1. É nulo o ato que determina a remoção *ex officio* de servidor público sem a devida motivação. Precedentes.
> 2. Recurso ordinário provido. (RMS 19439 / MA, Rel. Ministro ARNALDO ESTEVES LIMA QUINTA TURMA, DJ 04/12/2006 p. 338)
>
> RECURSO ESPECIAL - MANDADO DE SEGURANÇA - TRANSFERÊNCIA DE SERVIDOR PÚBLICO - ATO DISCRICIONÁRIO - NECESSIDADE DE MOTIVAÇÃO - RECURSO PROVIDO.
> 1. Independentemente da alegação que se faz acerca de que a transferência do servidor público para localidade mais afastada teve cunho de perseguição, o cerne da questão a ser apreciada nos autos diz respeito ao fato de o ato ter sido praticado sem a devida motivação.
> 2. Consoante a jurisprudência de vanguarda e a doutrina, praticamente, uníssona, nesse sentido, todos os atos administrativos, mormente os classificados como discricionários, dependem de motivação, como requisito indispensável de validade.
> 3. O Recorrente não só possui direito líquido e certo de saber o porquê da sua transferência "ex officio", para outra localidade, como a motivação, neste caso, também é matéria de ordem pública, relacionada à própria submissão a controle do ato administrativo pelo Poder Judiciário.
> 4. Recurso provido. (RMS 15.459/MG, Rel. Min. PAULO MEDINA, Sexta Turma, DJ 16/5/2005, p. 417)

Conclui-se, portanto, que a sentença vergastada encontra-se devidamente ancorada nos princípios constitucionais norteadores da administração pública e na jurisprudência dominante sobre o assunto.

Ante o exposto, confirma-se a sentença em reexame, negando provimento à remessa.

É o meu voto.

Fortaleza, 20 de abril de 2011.

Agravo de instrumento

PROCESSO: 0101721-07.2010.8.06.0000 – AGRAVO DE INSTRUMENTO
AGRAVANTE: ESTADO DO CEARÁ
AGRAVADO: CLARISSA AGUIAR DE MACEDO
RELATORA: DESA. MARIA NAILDE PINHEIRO NOGUEIRA

EMENTA: AGRAVO DE INSTRUMENTO. PROCESSUAL CIVIL. POSTULADO DA CONGRUÊNCIA (ART. 128 DO CPC). DEFERIMENTO DE MEDIDA LIMINAR NÃO CONTEMPLADA ENTRE OS PEDIDOS FORMULADOS PELA PARTE AUTORA. PRONUNCIAMENTO JURISDICIONAL *EXTRA-PETITA*. NULIDADE DA DECISÃO. AGRAVO CONHECIDO E PROVIDO.

1. "Os pedidos, no direito processual, devem ser interpretados estritamente, não podendo ser alargados para incluir, na condenação, aquilo que não foi seu objeto e não discutido no processo, sob pena de infringência ao princípio processual da congruência.(...)" (EDcl no REsp 1161015/RS, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 19/10/2010, DJe 25/10/2010). Precedentes do STJ.
2. Na espécie, a parte autora ingressou com ação visando obter medida no sentido de determinar a sua nomeação e posse em cargo público, sob a alegação de que a Administração firmara contrato de terceirização para a realização das atividades relacionadas ao cargo. A despeito disso, o magistrado decretou, em sede liminar e sem pronunciar-se sobre o pedido da autora, a própria nulidade do Contrato de Terceirização, postulação que sequer se inseria entre os elementos objetivos da demanda.
3. Agravo conhecido e provido.

ACÓRDÃO

Vistos relatados e discutidos os autos do PROCESSO Nº 0101721-07.2010.8.06.0000, acordam os Desembargadores que compõem a Segunda Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, por votação unânime, em conhecer do Agravo e dar-lhe provimento, nos termos do voto da Desembargadora Relatora.

Fortaleza, 06 de abril de 2011.

VOTO

De início, tenho por presentes os pressupostos extrínsecos e intrínsecos de recorribilidade, pelo que a via recursal em exame, pelo menos em sede de primeira

leitura, parece encontrar-se em plena aptidão formal para ser processada.

Na oportunidade em que decidi a postulação liminar, manifestei-me sobre a questão entabulada no âmbito do presente Agravo nos seguintes termos:

> "No que tange à postulação liminar suspensiva, e na esteira de uma cognição iniludivelmente superficial acerca dos fatos relacionados ao requesto de urgência sob enfoque – sem prejuízo, ademais, de ulterior análise quando de sua apreciação de mérito –, parece-me presentes os requisitos necessários à atribuição de efeito suspensivo ao Agravo, nos termos do art. 527, III, segunda parte, c/c art. 558, ambos da lei processual de regência, pelas razões que doravante passo a expor.
>
> De uma singela leitura do instrumento recursal em exame, constata-se que a ora Agravada ajuizou Ação de Cumprimento de Obrigação de Fazer com pedido de tutela antecipada, por meio da qual postulou o seguinte:
>
> "a) Para efetivação da tutela específica ou a abstenção do resultado prático equivalente, requer a antecipação dos efeitos da tutela, com deferimento de LIMINAR *initio litis et inaudita altera parte*, para que, corrigindo a ilegalidade dos atos da Administração Pública, determine a imediata convocação, nomeação e posse da autora no cargo que restou aprovada e em cuja vaga a Administração mantém contratação precária, no prazo de 10 (dez) dias ou outro assinalado por este juízo, sob pena de multa diária de R$ 2.000,00 (dois mil reais);
> (...)
> b) Em sede de sentença, seja o Estado do Ceará compelido na obrigação de fazer, qual seja, a convocação, nomeação e posse da autora no cargo que restou aprovada e cuja a existência de vagas é clara, face à contratação precária para o mesmo fim" (fls. 36/37)
>
> Analisando a postulação liminar, o magistrado de origem, após considerar plausíveis os argumentos delineados na vestibular acerca da contratação, por parte do Ente Público, de pessoal terceirizado para a realização de atividades-fim idênticas às contempladas pelo Edital do Concurso Público, assim se pronunciou (dispositivo da decisão agravada):
>
> "Pelo exposto, DEFIRO a antecipação de tutela postulada pela parte Autora para o fim específico de determinar ao ESTADO DO CEARÁ que, adote e mande adotar todas as providências administrativas necessárias e suficientes ao imediato cancelamento do Contrato 001/2009 firmado com a Cooperativa dos Médicos Emergencistas do Estado do Ceará, pela via da terceirização e que tenha importado na contratação direta de médicos sem concurso público, nos moldes do art. 37, II e IV, da Carta da República.
> Determinar ao mesmo Estado do Ceará que cumpra a obrigação de não

fazer, ou seja, no sentido de se abster da prática de qualquer ato atentatório ao direito dos candidatos aprovados no concurso público a que se reporta o edital nº 049/2006 (DOE de 05.07.2006), da Secretaria de Saúde do Estado, atos estes que importem na preterição, convocação, nomeação e posse dos candidatos aprovados no concurso em referência, pondo em lugar dos mesmos profissionais contratados pela via da terceirização" (fls. 170/171)

Percebe-se, sem maiores dificuldades, que o conteúdo do dispositivo que adormece na decisão ora impugnada (fls. 163/171) desbordou, por inteiro, da postulação formulada na petição de exórdio, traduzindo, de forma aparentemente clara – pelo menos em uma ambiência perfunctória –, uma ofensa superlativa ao postulado da congruência, cujo conteúdo normativo determina, por força do que dispõe o art. 128 do Código de Processo Civil, que o juiz deve conhecer da lide nos exatos limites em que ela fora proposta, "sendo-lhe defeso conhecer de questões, não suscitadas, a cujo respeito a lei exige a iniciativa da parte".

De fato, pelo que se percebe a partir de um cotejamento entre a decisão judicial impugnada e o pedido formulado pela parte autora, inexiste, entre eles, o necessário nexo de referibilidade, que deve subjazer toda e qualquer decisão judicial em relação às demandas a que se reportam, conforme se observa nos seguintes arestos do Superior Tribunal de Justiça:

(...) Os pedidos, no direito processual, devem ser interpretados estritamente, não podendo ser alargados para incluir, na condenação, aquilo que não foi seu objeto e não discutido no processo, sob pena de infringência ao princípio processual da congruência. (…) (EDcl no REsp 1161015/RS, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 19/10/2010, DJe 25/10/2010)

(...) Segundo o princípio da adstrição ou da congruência, deve haver necessária correlação entre o pedido/causa de pedir e o provimento judicial (artigos 128 e 460 do Código de Processo Civil), sob pena de nulidade por julgamento *citra, extra ou ultra petita*. (...) (REsp 1169755/RJ, Rel. Ministro VASCO DELLA GIUSTINA (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/RS), TERCEIRA TURMA, julgado em 06/05/2010, DJe 26/05/2010)

(...) O Princípio da Congruência determina que o juiz decidirá a lide nos limites em que foi proposta, sendo-lhe defeso conhecer de questões não suscitadas, a cujo respeito a lei exige a iniciativa da parte (art. 128 do CPC). (...) (AgRg no REsp 651.725/RJ, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 07/05/2009, DJe 20/08/2009)

Sob o enfoque de tal raciocínio, revela-se induvidoso que entre os elementos

> objetivos da demanda ajuizada na origem não figura o pedido supostamente acolhido pelo magistrado no sentido de cancelar do contrato nº 001/2009, mas tão somente o pedido descrito no item "a" da petição inicial no sentido de convocar e nomear a parte autora em virtude de contratação de profissionais terceirizados, pedido que, a propósito, sequer foi objeto de pronunciamento claro no bojo da decisão adversada.
>
> Registre-se, por fim, que a anulação de um Contrato Administrativo firmando entre o Estado e uma Cooperativa, não pode ser considerada como matéria de ordem pública, a cujo respeito o magistrado poderia, eventualmente, conhecer de ofício.
>
> Por todos estes fundamentos, parece-me que estão presentes os requisitos necessários para a atribuição de efeito suspensivo ao Agravo, em razão da plausibilidade do fundamento invocado pelo Ente Público no item 2.3 da minuta do Agravo (fls. 06/09).

Na esteira do que sustentei no âmbito do pronunciamento liminar, não me parece que haja, de fato, qualquer correspondência entre os elementos objetivos da demanda e a decisão prolatada pelo Juízo *a quo*, na medida em que o pronunciamento judicial ora impugnado, a pretexto de viabilizar a nomeação da ora Agravada no cargo em que restou aprovada, determinou o próprio cancelamento do Contrato nº 001/2009 firmado com a Cooperativa de Médicos Emergencistas do Estado do Ceará, o que sequer havia sido pedido pela parte autora.

Na verdade, seu pedido, é de bom alvitre sublinhar uma vez mais, foi veiculado nos termos seguintes: "para efetivação da tutela específica ou a abstenção do resultado prático equivalente, requer a antecipação dos efeitos da tutela, com deferimento de LIMINAR *initio litis et inaudita altera parte,* para que, corrigindo a ilegalidade dos atos da Administração Pública, determine a imediata convocação, nomeação e posse da autora no cargo que restou aprovada e em cuja vaga a Administração mantém contratação precária, no prazo de 10 (dez) dias ou outro assinalado por este juízo, sob pena de multa diária de R$ 2.000,00 (dois mil reais)"

Ora, a decisão liminar ora impugnada sequer se manifestou sobre a nomeação e posse da candidata, limitando-se a anular o Contrato firmado pelo Estado do Ceará com a Cooperativa dos Médicos Emergencistas do Estado, o que, a meu sentir, traduz uma inexorável ofensa ao postulado da congruência, na medida em que, por força do que dispõe o art. 128 do Código de Processo Civil, o juiz deve conhecer da lide nos exatos limites em que ela fora proposta, *"sendo-lhe defeso conhecer de questões, não suscitadas, a cujo respeito a lei exige a iniciativa da parte"*.

NESSAS CONDIÇÕES, conheço do Agravo e dou-lhe integral provimento, anulando a decisão liminar prolatada pelo Juízo *a quo,* por consubstanciar pronunciamento jurisdicional *extra-petita,* e determinando que outra seja prolatada observando-se os limites objetivos e subjetivos da lide.

É como voto, Sr. Presidente.

Fortaleza, 06 de abril 2011.

AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº. 0100549-30.2010.8.06.0000/0
AGRAVANTE: GEBA EMPREENDIMENTOS COMÉRCIO E PARTICIPAÇÕES LTDA.
AGRAVADO: VERA MOLLER
RELATOR: DESEMBARGADOR ADEMAR MENDES BEZERRA

EMENTA: PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO DE DESPEJO. SUSPENSÃO DE LIMINAR DE DESOCUPAÇÃO DO IMÓVEL OBJETO DA DISPUTA. POSSIBILIDADE. PRÉVIO AJUIZAMENTO DE AÇÃO RENOVATÓRIA. CONEXÃO. JULGAMENTO EM CONJUNTO DE AMBOS OS PROCESSOS. AGRAVO DE INSTRUMENTO CONHECIDO E IMPROVIDO.

- A ação de despejo calcada na denúncia vazia é verdadeira expressão do direito de propriedade. Por outro lado, a Lei nº 8.245/91 instituiu a ação renovatória em favor do locatário que, em determinadas condições, pode se sobrepor ao direito de propriedade do locador, equilibrando, assim, a relação locatícia.
- Não seria razoável, do ponto de vista processual, manter-se a ordem de desocupação na pendência de ação renovatória anterior à ação de despejo. Os prejuízos oriundos da desocupação são manifestos. Por outro lado, a temporária manutenção do locatário no imóvel, se contraria os interesses do locador, pelo menos não o deixa em completo desamparo, na medida em que a relação locatícia se mantém em todos os seus efeitos, incluindo-se o pagamento dos aluguéis.
- Por fim, a manutenção da liminar esvaziaria de conteúdo a própria ação renovatória, proposta, repita-se, anteriormente à ação de despejo. O julgamento em conjunto de ambos os processos, mantendo-se a situação contratual no estado em que se encontra, é medida que se impõe.
- Agravo de instrumento conhecido e improvido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos do Agravo de Instrumento nº 0100549-30.2010.8.06.0000/0, em que figuram as partes acima referidas.

Acordam os Desembargadores integrantes da 2ª Câmara Cível do Tribunal

de Justiça do Estado do Ceará, à unanimidade, em negar provimento ao agravo, nos termos do voto do Relator.

Fortaleza, 06 de abril de 2011.

RELATÓRIO

Trata-se de agravo de instrumento, interposto por Geba Empreendimentos Comércio e Participações Ltda., objetivando a reforma da interlocutória, de fl. 189, que determinou a suspensão da medida liminar de despejo por denúncia vazia proferida contra a locatária, ora recorrida.

A agravante alega que vigorou entre as partes um contrato de locação e que, findo o último prazo, resolveu alienar a propriedade imobiliária, notificando, antes de tudo, a inquilina para o exercício do direito de preferência, que não foi, ao final, desempenhado. Sustenta que o imóvel não foi desocupado quando findou o prazo avençado, motivando o ajuizamento da ação de despejo por denúncia vazia, obtendo, *initio litis,* decisão determinando a desocupação do bem.

Deduz que posteriormente o magistrado processante suspendeu a ordem de despejo ao constatar a prévia existência de um outro processo no qual a locatária pretende a renovação do aluguel, advindo, daí, o gravame que lhe foi ocasionado pela interlocutória que pretende reformar, sob o pálio da ausência de fundamentação, em preliminar, e, no âmbito meritório, sob o color de que o direito de propriedade do locador foi subjugado em favor do direito à posse imediata decorrente da locação, mesmo em se considerando que a prévia notificação para a exercício do direito de preferência na aquisição do bem locado não foi atendida pela locatária.

Requereu a reforma da interlocutória de primeiro grau, juntando os documentos de fls. 15/191. O preparo foi demonstrado às fls. 190/191.

Recebidos os autos nesta Corte de Justiça, fui designado Relator. Determinei a intimação da contraparte para o oferecimento de resposta. Requisitei, ainda, informações ao Juiz da causa (fl. 196).

Informes apresentados às fls. 200/201.

Contraminuta às fls. 203/212, acompanhada da coletânea documental de fls. 213 a 387. Argumenta, a recorrida, que restou omitida a informação de que foram celebrados dois contratos de locação ininterruptos, iniciando-se o primeiro em 01/11/2001, desenvolvendo-se no imóvel locado atividade comercial há nove anos, ou seja, desde que firmado o primeiro instrumento locatício. Afirma que a ação renovatória de aluguel foi ajuizada no prazo de seis meses anteriores ao término do prazo de vigência da relação obrigacional, nos termos do art. 51, I a III, da Lei nº 8.245/1991, evitando que seja prejudicado o fundo de comércio sem justificativa plausível.

Atenta que, após a propositura da lide renovatória, o locador notificou a recorrida para sustentar que não tinha interesse em revigorar o prazo locatício, oferecendo o imóvel para exercício do direito de preferência, isto mesmo quando em trâmite o processo proposto pela locatária, motivando, desta feita, a contra notificação, na qual a ora agravada informou acerca da existência de lide na qual postula a renovação do prazo do contrato vigorante entre as partes, havendo relação de prejudicialidade entre ambas as lides.

Postula a manutenção da interlocutória de primeiro grau.

É o relato.

VOTO

Compulsando os autos, vejo que a decisão agravada determinou o apensamento da ação de despejo aos autos da ação renovatória, bem como a suspensão da interlocutória que determinou o despejo.

A juntada aos autos da citação, na ação renovatória, se deu em 31 de agosto de 2010. A ação de despejo, a seu turno, foi distribuída no dia 08 de setembro de 2010, posteriormente à renovatória.

As partes e a causa de pedir de ambas coincidem. Deste modo, como não há sentença de mérito proferida nas lides, andou bem o magistrado de primeiro grau quando determinou a reunião dos processos.

Veja-se, a propósito, o disposto no Código de Ritos acerca da conexão e da reunião dos processos:

> "Art. 103. Reputam-se conexas duas ou mais ações, quando lhes for comum o objeto ou a causa de pedir.
> Art. 105. Havendo conexão ou continência, o juiz, de ofício ou a requerimento de qualquer das partes, pode ordenar a reunião de ações propostas em separado, a fim de que sejam decididas simultaneamente."

Sobre o tema, o Superior Tribunal de Justiça já editou entendimento sumulado:

> "Súmula nº 235 – A conexão não determina a reunião dos processos, se um deles já foi julgado."

Assim, não se discute a regularidade da reunião dos processos, uma vez que nenhum dos dois chegou à fase de julgamento.

A suspensão da liminar de despejo, por outro lado, foi a medida correta para que não se prejudique de forma irreparável nenhuma das partes.

A ação de despejo calcada na denúncia vazia é verdadeira expressão do direito de propriedade com todos os seus atributos. Não é por outro motivo que, verificado o atendimento aos seus requisitos, deverá ser expedido o mandado para a desocupação voluntária em quinze dias.

Por outro lado, a Lei nº 8.245/91 instituiu a ação renovatória, disciplinada nos arts. 71 *usque* 75 da Lei do Inquilinato, em favor do locatário permitindo-lhe, em determinadas condições, se sobrepor ao direito de propriedade do locador, equilibrando, assim, a relação locatícia. O art. 72, inclusive, delimita expressamente as matérias que podem ser arguidas na contestação manejada pelo proprietário.

Isto posto, não seria razoável, do ponto de vista processual, manter-se a ordem de desocupação na pendência de ação renovatória anterior à ação de despejo. Os prejuízos oriundos da desocupação são manifestos. Por outro lado, a temporária manutenção do locatário no imóvel, se contraria os interesses do locador, pelo menos não o deixa em completo desamparo, na medida em que a relação locatícia se mantém em todos os seus efeitos, incluindo-se o pagamento dos aluguéis.

Idêntico posicionamento é esposado pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul:

> "Ementa: LOCAÇÃO NÃO RESIDENCIAL - DESPEJO DO LOCATÁRIO NA PENDÊNCIA DE AÇÃO RENOVATÓRIA. O ART. 74, DA LEI 8245/91, PERMITE AO JUIZ FIXAR DE PLANO O PRAZO PARA A DESOCUPAÇÃO DO IMÓVEL NA HIPÓTESE DE IMPROCEDÊNCIA DA RENOVATÓRIA - E HOJE, MESMO NO CASO DE CARÊNCIA, SUPERADA DE VEZ A CELEUMA QUE HAVIA FACE DA APLICAÇÃO DO ART. 360, DO CPC DE 1939. POR ISSO, NA PENDÊNCIA DA AÇÃO RENOVATÓRIA, É IMPOSSÍVEL DECRETAR O DESPEJO DO LOCATÁRIO, DEVENDO OS FEITOS MERECER REUNIÃO E DECISÃO ÚNICA. SENTENCA DESCONSTITUÍDA. (Apelação Cível Nº 197097496, Sexta Câmara Cível, Tribunal de Alçada do RS, Relator: Nelson Antônio Monteiro Pacheco, Julgado em 16/10/1997)"

Por fim, a manutenção da liminar esvaziaria de conteúdo a própria ação renovatória, proposta, repita-se, anteriormente à ação de despejo. O julgamento em conjunto de ambos os processos, mantendo-se a situação contratual no estado em que se encontra, é medida que se impõe.

Do exposto, conheço do presente recurso, mas lhe nego provimento pelas razões acima expostas.

É como voto.

Fortaleza, 06 de abril de 2011.

PROCESSO: 20868-50.2006.8.06.0000/0
RECURSO: AGRAVO DE INSTRUMENTO
VARA/COMARCA: 4ª VARA DA FAZENDA PÚBLICA DA COMARCA DE FORTALEZA-CE
AGRAVANTE: SOLUÇÃO SERVIÇOS, COMÉRCIO E CONSTRUÇÃO LTDA
AGRAVADA: NACIONAL SERVIÇOS PROFISSIONAIS LTDA
RELATOR: DES. FRANCISCO SALES NETO
ÓRGÃO JULGADOR: 1ª CÂMARA CÍVEL

EMENTA: DIREITO ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO DE INSTRUMENTO ADVERSANDO DECISÃO QUE DETERMINOU A INCLUSÃO DA AGRAVADA NO PREGÃO PRESENCIAL N. 024/2006 DO MUNICÍPIO DE FORTALEZA. NÃO COMPROVAÇÃO DE MALFERIMENTO À LEI 8.666/93. AGRAVO CONHECIDO E PROVIDO. DECISÃO DE PRIMEIRO GRAU REFORMADA.

1 – A irresignação recursal adversa comando jurisdicional da 4ª Vara da Fazenda Pública da Comarca da Capital, a qual, deferindo pleito antecipatório dos efeitos da tutela em favor da ora agravada, anulou a decisão administrativa que a excluiu do Pregão Presencial n. 024/2006, da Secretaria de Administração do Município de Fortaleza-CE, e determinou o retorno do mencionado certame à fase em que se encontrava antes da decisão administrativa impugnada, desta feita com a efetiva participação da empresa agravada.

2 – Hipótese em que se verifica teratologia na decisão agravada, pois, prolatada em desconformidade com a dicção do artigo 31, §§ 2º e 3º da Lei n. 8.666/93.

3 – Evidencia-se, na espécie, que a citada norma legal não deixa dúvidas acerca da discricionariedade da Administração Pública em exigir dos licitantes que apresentem o valor do respectivo patrimônio líquido ou o valor do capital social. E, no caso *sub examine,* houve por bem o Município de Fortaleza em determinar no edital licitatório que os certamistas apresentassem, como garantia, demonstrativo do patrimônio líquido.

4 – Nesse ponto, cumpre registrar que, diversamente do entendimento firmado pelo douto juízo *a quo,* a inabilitação da empresa agravada porquanto não dispor de patrimônio líquido suficiente, não evidencia qualquer malferimento à legislação pertinente, muito menos à livre competitividade.

5 - Forçoso admitir, pois, que a decisão agravada merece reforma, tendo em vista que nela não se acham presentes os aspectos relevantes para sua validade, posto que adentrou

no juízo de conveniência e oportunidade do administrador público, notadamente no que pertine às normas editalícias, as quais se evidenciam em consonância estrita com os ditames da Lei n. 8.666/93.
6 - Agravo conhecido e provido. Decisão de primeiro grau reformada.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de Agravo de Instrumento em que são partes as acima indicadas.

ACORDA a 1ª Câmara Cível deste Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, à unanimidade, em conhecer do presente recurso, contudo, para dar-lhe provimento, nos termos do voto do Relator.

Fortaleza, 21 de fevereiro de 2011.

RELATÓRIO

Cuida-se de Agravo de Instrumento interposto por Solução Serviços, Comércio e Construção LTDA, adversando desconstituir decisão proferida pelo Douto Juízo da 4ª Vara da Fazenda Pública da Comarca de Fortaleza que, em autos da ação ordinária tombada sob n. 34854-68.2006.8.06.0001, deferiu pleito antecipatório dos efeitos da tutela em favor da ora agravada para anular a decisão administrativa que a excluiu do Pregão Presencial n. 024/2006, da Secretaria de Administração do Município de Fortaleza-CE, bem como para determinar o retorno do mencionado Pregão à fase em que se encontrava antes da decisão administrativa impugnada, além do imediato e regular prosseguimento do certame com a efetiva participação da empresa agravada.

Em sua irresignação, argumenta a agravante, em suma: a) que a decisão guerreada fere dispositivos da Lei Adjetiva Civil e da Lei n. 8.666/93, ocasionando sérios prejuízos à agravante que vinha sendo declarada vencedora em todas as etapas da licitação; b) que a ora agravada havia sido inabilitada para o certame licitatório por apresentar valor do patrimônio líquido, bastante inferior ao mínimo exigido no item 05.02, letra B, alínea 04 do instrumento convocatório, o qual dizia respeito à qualificação econômico-financeira das licitantes; c) que a decisão administrativa que inabilitou a empresa/recorrida fora arrimada nos ditames do edital, não havendo qualquer ilegalidade no ato do pregoeiro.

Ao final, requer a concessão de efeito suspensivo ao *decisum* de primeiro grau, bem como sua integral reforma, dando-se provimento ao agravo que se cuida.

Em decisão monocrática, o relator que me antecedera, Desembargador José Arísio Lopes da Costa, indeferiu o pleito de suspensividade requestado na inicial.

Contraminuta às fls. 143/151.

Informações às fls. 140/141 e 171/172.

Parecer da Douta Procuradoria Geral de Justiça às fls. 176/184.

Recurso sem revisão, *ex vi* do art. 34, § 3º, do RITJCE.

É o relatório.

VOTO

1. Da admissibilidade recursal

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

2. Do mérito recursal

Conforme anunciado no relatório, o ponto controvertido na presente angulação recursal diz respeito ao deferimento do pleito antecipatório dos efeitos da tutela em favor da ora agravada para anular a decisão administrativa que a excluiu do Pregão Presencial n. 024/2006 E DETERMINAR SUA PERMANÊNCIA NO CERTAME LICITATÓRIO COM TODOS OS DIREITOS E GARANTIAS PROPORCIONADOS AOS DEMAIS LICITANTES.

Ab initio, saliente-se que não cabe ao Tribunal, nomeadamente, em sede de agravo de instrumento, adentrar na razoabilidade subjetiva da decisão do juiz, devendo restringir-se ao exame da legalidade, verificando, inclusive, se referida decisão é ou não teratológica. E sobre este prisma, entendo, *data venia*, que a decisão invectivada fora prolatada em desconformidade com a dicção legal da Lei de licitações, qual seja, a Lei n. 8.666/93.

No cotejo da documentação acostada aos autos, verifica-se que o edital do Pregão Presencial n. 24/2006 vaticina no item B, o qual trata da qualificação econômico-financeira dos licitantes, o que segue:

> B – 04: PATRIMÔNIO LÍQUIDO MÍNIMO não inferior a 10,0% (dez por cento) do total do valor máximo da Administração, devendo a comprovação ser feita relativamente à data de apresentação da proposta, na forma da lei, admitida a atualização para esta data através de índices oficiais. (grifos no original)

De seu turno, dispõe a nuper-citada Lei n. 8.666/93, em seu artigo 31, parágrafos 2º e 3º que:

> "Art. 31. A documentação relativa à qualificação econômico-financeira limitar-se-á a:
>
> …....
>
> § 2º A Administração, nas compras para entrega futura e na execução de obras e serviços, poderá estabelecer, no instrumento convocatório da licitação, a exigência de capital mínimo ou de patrimônio líquido mínimo, ou ainda as garantias previstas no § 1º do art. 56 desta Lei, como dado objetivo de comprovação da qualificação econômico-financeira dos licitantes e para efeito de garantia ao adimplemento do contrato a ser ulteriormente celebrado.
>
> § 3º O capital mínimo ou o valor do patrimônio líquido a que se refere

> o parágrafo anterior não poderá exceder a 10% (dez por cento) do valor estimado da contratação, devendo a comprovação ser feita relativamente à data da apresentação da proposta, na forma da lei, admitida a atualização para esta data através de índices oficiais. (Grifou-se)

Ora, a dicção legal não deixa dúvidas acerca da discricionariedade da Administração Pública em exigir dos licitantes que apresentem o valor do respectivo patrimônio líquido ou o valor do capital social. E, no caso *sub examine,* houve por bem o Município de Fortaleza em determinar no edital licitatório que os certamistas apresentassem, como garantia, demonstrativo do patrimônio líquido.

Dessa forma, diversamente do que entendeu o douto juízo *a quo,* não se denota na decisão administrativa que inabilitou a recorrida por não dispor de patrimônio líquido suficiente, qualquer malferimento à legislação pertinente, muito menos à livre competitividade.

Nesse compasso, o bem lançado parecer ministerial, a partir do qual, extrai-se o seguinte enxerto:

> "Entendemos que a Lei possibilitou ao Administrador, para que se garantisse uma condição mínima de segurança ao certame, à contração e à execução dos serviços, o poder discricionário de estabelecer como exigência para a comprovação da capacidade financeira mínima ou o CAPITAL SOCIAL ou o PATRIMÔNIO LÍQUIDO.
> No caso em liça, o Poder Público Municipal optou pelo PATRIMÔNIO LÍQUIDO.
> Utilizando a mesma doutrina apresentada pela empresa Autora (vide fl. 35), entendemos que dos critérios previstos em lei, o que guarda maior razoabilidade e coerência com os fins da licitação é de fato o PATRIMÔNIO LÍQUIDO.
> ….....
> No caso em liça, pelo volume de recursos públicos direcionados à execução dos serviços, entendemos estar o Edital de acordo com o princípio da igualdade, não estando a agredi-lo."

Corroborando o raciocínio acima escandido, assente jurisprudência perfilhada na ambiência do Egrégio Superior Tribunal de Justiça, *litteris*:

> ADMINISTRATIVO. RECURSO ESPECIAL. LICITAÇÃO. HABILITAÇÃO. EXIGÊNCIA DE CAPITAL SOCIAL CIRCULANTE MÍNIMO. LEGALIDADE. ATENDIMENTO EXPRESSO À FINALIDADE E CONVENIÊNCIA PÚBLICA. ATO ADMINISTRATIVO REGULARMENTE MOTIVADO. PRECEDENTES.
> 1. Trata-se de recurso especial interposto em autos de ação declaratória de nulidade de ato administrativo por Atento Brasil S/A, com o objetivo de impugnar acórdão que em juízo de apelação reconheceu legal, nos termos da Lei 8.666/93, a Administração Pública exigir na fase de habilitação de certame licitatório que as empresas participantes comprovem capital mínimo circulante de 10% do valor a ser contratado.

> 2. Não se identifica nenhuma ilegalidade no fato de que, em razão da grande expressão econômica e de responsabilidade técnica, exija-se das empresas a comprovação de capital social mínimo ou patrimônio líquido em 10% do valor da contratação. Precedente: MS 8.240/DF, DJ 02/09/2002, Rel. Min. Eliana Calmon; Resp 402.711/SP, DJ 19/08/2002, de minha relatoria.
> 3. Recurso especial conhecido e não-provido. (REsp 927.804/MG, Rel. Ministro JOSÉ DELGADO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 20/09/2007, DJ 01/10/2007, p. 241). Grifou-se.
>
> Esta Corte de Justiça já teve oportunidade de se manifestar acerca do assunto, inclusive em recursos que tramitou perante esta Relatoria, consoante se vê, *verbis:*
>
> Ementa: ADMINISTRATIVO. LICITAÇÃO. REQUISITOS EDITALÍCIOS NÃO PREEENCHIDOS. O EDITAL É A LEI DA LICITAÇÃO, SENDO DEFESO A QUALQUER PARTICIPANTE VINDICAR DIREITO ALUSIVO Á QUEBRA DAS CONDUTAS LINEARES, UNIVERSAIS E IMPARCIAIS ADOTADAS NO CERTAME. AGRAVO CONHECIDO E PROVIDO.
> 1. As exigências contidas no edital, relativas ao capital mínimo ou ao patrimônio líquido mínimo ou garantias mínimas estão previstas na Lei 8.666/93.
> 2. A quebra das aludidas exigências em favor de um dos concorrentes fere o princípio da isonomia.
> 3. "Se não houver uma razão suficiente para a permissibilidade de um tratamento desigual, o tratamento igual é obrigatório"(Teoria dos Direitos Fundamentais, Robert Alexy, Malheiros, pág.430). (TJCE. AI nº 9843-40.2006.8.06.0000. Relator(a): FRANCISCO SALES NETO. Orgão julgador: 1ª Câmara Cível. DJ 15.09.2008). Grifou-se.

Forçoso admitir, pois, que a decisão agravada merece reforma, tendo em vista que nela não se acham presentes os aspectos relevantes para sua validade, posto que adentrou no juízo de conveniência e oportunidade do administrador público, notadamente no que pertine a normas editalícias, as quais se evidenciam estritamente em consonância com os ditames da Lei n. 8.666/93.

DISPOSITIVO

Ante o exposto, voto pelo conhecimento do presente agravo de instrumento para dar-lhe provimento, cassando-se a decisão de primeiro grau ora atacada, bem como a liminar de fls. 163/166, no sentido de determinar a nulidade de todos os atos posteriores à decisão guerreada, relativos ao Pregão Presencial n. 24/2006, o qual deverá prosseguir atendendo aos termos da legislação que rege a matéria.

É como voto.

Fortaleza, 21 de fevereiro de 2011.

PROCESSO Nº 24491-54.2008.8.06.0000/0.
AGRAVO D INSTRUMENTO.
AGRAVANTE: ESTADO DO CEARÁ.
AGRAVADO: DE MELO COMÉRCIO DE CONFECÇÕES LTDA..
RELATOR: DES. FERNANDO LUIZ XIMENES ROCHA.

EMENTA: AGRAVO DE INSTRUMENTO. PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. CONSIGNAÇÃO EM PAGAMENTO. TUTELA ANTECIPADA. SUSPENSÃO DA EXIGIBILIDADE DE CRÉDITO TRIBUTÁRIO, EXPEDIÇÃO DE CERTIDÃO NEGATIVA DE DÉBITO E ÓBICE A RESTRIÇÕES ADMINISTRATIVAS. PROVIMENTO.

1. Merece reforma a decisão concessiva de tutela antecipada *inaudita altera pars* que, em ação de consignação em pagamento, assegura a suspensão da exigibilidade do crédito tributário, a expedição de certidão negativa de débito e impede a realização de qualquer restrição administrativa, fundada na consideração de que o promovente realizou o depósito do montante integral do crédito tributário (CTN, art. 151, incs. II e V, do CTN) sem a exibição pelo julgador dos elementos probatórios evidenciadores de que a quantia corresponde à totalidade da dívida existente perante o Fisco Estadual, assim como do empecilho causado pelo ente público à parte quanto ao direito desta de pagar o débito questionado, supostamente ensejador da demanda consignatória.

2. Agravo de instrumento provido.

ACÓRDÃO

Acordam os integrantes da Primeira Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, por julgamento de Turma, unanimemente, em prover o agravo de instrumento, tudo de conformidade com o voto do Relator.

Fortaleza, 06 de junho de 2011.

RELATÓRIO

Cuida-se de agravo de instrumento interposto em face de tutela antecipada concedida em ação de consignação em pagamento (Processo nº 66314-05.2008.8.06.0001/0), por meio da qual foram asseguradas a suspensão da exigibilidade

de crédito tributário e a expedição de certidão negativa de débitos, além de obstada a prática de qualquer restrição referente ao crédito, inclusive inscrição da promovente no CADINE (fls. 79-83).

O recorrente aduz:

a) a autora não discriminou na exordial os créditos que pretende ver extintos em juízo, não realizando, outrossim, o depósito integral, mas apenas do valor principal dos débitos inscritos em dívida ativa mencionados à fl. 56;

b) não está configurada hipótese de cabimento da ação consignatória, não se aplicando *in casu* o Código Civil, mas o art. 164 do CTN, cujo rol é taxativo;

c) a via processual eleita não cabe quando o promovente não intenciona pagar o montante integral, nem é lugar adequado para questionamento da legalidade ou da constitucionalidade da exigência tributária;

d) a discussão relativa ao SIMPLES deve ser promovida em face da União, a teor do art. 41 da Lei Complementar 123/2006.

Sob tais fundamentos, pugna pela concessão de efeito suspensivo ao recurso e, no mérito, o provimento para anular, cassar ou reformar o decisório adversado.

Redistribuídos os fólios e conclusos a mim pela vez primeira em 27.02.2009, indeferi a suspensividade requestada (fl. 91).

Regular notificação do juízo *a quo* e intimação do recorrido, sem oferta, todavia, de informações e contrarrazões (certidões de fls. 93-4 e 98).

Instada a se manifestar, a Procuradoria Geral de Justiça considerou ausente interesse público impositivo da atuação ministerial.

É o relatório.

VOTO

Atendidos os requisitos extrínsecos e intrínsecos de admissibilidade recursal, conheço do agravo de instrumento.

No mérito, verifica-se que o juízo *a quo*, em tutela antecipada concedida *inaudita altera pars*, após tecer comentários abstratos atinentes ao devido processo legal, suspendeu a exigibilidade do crédito tributário com amparo no art. 151, incs. II e V, do CTN, assegurando, entre outras questões, a expedição de certidão negativa, sob o fundamento de que a requerente efetuou o depósito do montante integral do crédito questionado.

Ocorre que o magistrado não aponta os dados probatórios com amparo nos quais extraiu, em juízo de verossimilhança indispensável à antecipação de tutela, que a totalidade da dívida tributária da requerente perante o Fisco Estadual corresponde efetivamente ao valor do depósito efetivado, até mesmo porque este ainda não havia se manifestado na lide.

De outra banda, o recorrente comprova, com cópia de documentação colacionada aos fólios principais à fl. 56, que o depósito realizado na quantia de R$ 2.766,

15 (dois mil, setecentos e sessenta e seis reais e quinze centavos) correponde apenas ao valor principal dos créditos discutidos em juízo, a inviabilizar, por conseguinte, a suspensão de exigibilidade do crédito tributário com esteio no depósito do montante integral[1], assim como a expedição de certidão negativa de débito.

Ademais, a teor dos arts. 111, inc. I, 141, 156, VIII e 164, §4º do CTN, as hipóteses de suspensão de exigibilidade do crédito tributário correspondem somente àquelas elencadas no próprio Código, de interpretação literal cogente, entre as quais não se inclui a ação de consignação em pagamento, a qual não se presta a tal finalidade portanto, mas sim à extinção do crédito tributário objeto da lide e apenas se julgada procedente[2].

Da mesma forma, o julgador não aponta os elementos de convicção reveladores do empecilho causado pelo ente público à parte quanto ao direito desta de pagar o débito questionado, supostamente ensejador da demanda consignatória.

Transcrevo os trechos da decisão recorrida evidenciadores da inobservância dos dispositivos supracitados e da ofensa ao princípio constitucional da fundamentação, *verbis*:

> No caso em tela vislumbro em análise meramente perfuntória assistir razão ao Promovente, pois ao formular seu pedido efeutou também o depósito do montante que está sendo objeto de cobrança e empecilho por parte da parte

[1] STJ, Súmula 112: O depósito somente suspende a exigibilidade do crédito tributário se for integral e em dinheiro.

[2] CTN, Art. 111. Interpreta-se literalmente a legislação tributária que disponha sobre:
I - suspensão ou exclusão do crédito tributário.

Art. 141. O crédito tributário regularmente constituído somente se modifica ou extingue, ou tem sua exigibilidade suspensa ou excluída, nos casos previstos nesta Lei, fora dos quais não podem ser dispensadas, sob pena de responsabilidade funcional na forma da lei, a sua efetivação ou as respectivas garantias.

Art. 156. Extinguem o crédito tributário:
[...]
VIII – a consignação em pagamento, nos termos do disposto no § 2o do artigo 164

Art. 164. A importância do crédito tributário pode ser consignada judicialmente pelo sujeito passivo, nos casos:
I – de recusa de recebimento, ou subordinação deste ao pagamento de outro tributo ou de penalidade, ou ao cumprimento de obrigação acessória;
II – de subordinação do recebimento ao cumprimento de exigências administrativas sem fundamento legal;
III – de exigência, por mais de uma pessoa jurídica de direito público, de tributo idêntico sobre um mesmo fato gerador.
§ 1o A consignação só pode versar sobre o crédito que o consignante se propõe pagar.
§ 2o Julgada procedente a consignação, o pagamento se reputa efetuado e a importância consignada é convertida em renda; julgada improcedente a consignação no todo ou em parte, cobra-se o crédito acrescido de juros de mora, sem prejuízo das penalidades cabíveis.

> suplicada.
> Por outro enfoque, insta ter presente que o Estado, em tema de restrição à esfera jurídica de qualquer cidadão, não pode exercer a sua autoridade de maneira abusiva ou arbitrária, desconsiderando, no exercício de sua atividade, o postulado da plenitude de defesa, pois o reconhecimento da legitimidade ético-jurídica de qualquer medida imposta pelo Poder Público, de que resultem, como no caso, consequências gravosas no plano dos direitos e garantias individuais, exige a fiel observância do princípio do devido processo legal (CF, art. 5º, LV), consoante adverte autorizado magistério doutrinário […]
> Assim, a perdurar a decisão da Autoridade Fazendária aqui questionada, a parte autora, certamente, poderá sofrer danos irreparáveis ou de difícil reparação.
> Vislumbro, pois, na *quaestio* em exame, a necessidade de se buscar diminuir o prejuízo da parte requerente, pois caso não seja concedido, de início, a tutela há risco plausível de se causar prejuízo ainda maior à mesma, sendo medida da maior justiça, em que, através desta, se cumpre mandamento fundamental da Constituição Federal, seja este o resguardo à dignidade da pessoa humana, sua honra e imagem (art. 1º, III c/c art. 5º, inciso X, da Carta Política).
> […]
> Finalmente, cabe obtemperar que o débito discutido, será objeto de necessária execução fiscal, sendo viável a suspensão do crédito tributário, nos ditames do art. 151, do CTN, que preconiza:
> […]
> Assim, viabilizada a suspensão da exigibilidade do crédito tributário, então, há que se utilizar do art. 151, II e V, do CTN, acrescido pela Lei Complementar nº 104/2001 para tal finalidade, na forma acima estipendiada.
> Nesse passo, como a parte promovente depositou o valor integral, torna-se possível suspender-se a exigibilidade do crédito, e de consequência, alguns de seus efeitos.
> Isto posto, considerando estarem presentes os pressupostos processuais, CONCEDO, com base no art. 273, do CPC, o pedido de tutela antecipada formulado por DE MELO COMÉRCIO DE CONFECÇÕES LTDA, a fim de determinar a suspensão do crédito tributário ora discutido, ficando, ainda, afastada quaisquer restrições referentes a este crédito, inclusive inscrição do nome da promovente no CADINE, expedindo-se a respectiva CERTIDÃO NEGATIVA DE DÉBITOS, até ulterior deliberação deste juízo.

Sob tais fundamentos, não vislumbrando a verossimilhança da tutela antecipada pretendida, dou provimento ao agravo de instrumento para reformar a decisão impugnada.

É como voto.

PROCESSO Nº 26857-32.2009.8.06.0000/0
AGRAVO DE INSTRUMENTO
AGRAVANTE: MUNICÍPIO DE FORTALEZA
AGRAVADOS: PLANETA SUPERMERCADOS LTDA
RELATORA: DESA. MARIA NAÍLDE PINHEIRO NOGUEIRA

EMENTA: ADMINISTRATIVO. AGRAVO DE INSTRUMENTO INTERPOSTO CONTRA LIMINAR CONCEDIDA EM SEDE DE MANDADO DE SEGURANÇA PARA O FIM DE SUSPENDER OS EFEITOS DE AUTO DE EMBARGO DE ATIVIDADE. PRELIMINAR DE INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA REJEITADA. MÉRITO. ESTABELECIMENTO EMBARGADO EM VIRTUDE DA AUSÊNCIA DE ALVARÁ DE FUNCIONAMENTO. SITUAÇÃO FÁTICA QUE EVIDENCIA QUE A EMPRESA PROTOCOLIZOU O PEDIDO DE EXPEDIÇÃO DO ALVARÁ DE FUNCIONAMENTO, PORÉM NÃO OBTEVE QUALQUER RESPOSTA DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA EM PELO MENOS 2 (DOIS) ANOS. OFENSA SUPERLATIVA AO PRINCÍPIO DO LIVRE EXERCÍCIO DA ATIVIDADE ECONÔMICA. APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA RAZOABILIDADE E DA PROPORCIONALIDADE. REQUISITOS NECESSÁRIOS AO DEFERIMENTO DO REQUESTO ANTECIPATÓRIO DEVIDAMENTE PREENCHIDOS. LIMINAR MANTIDA. AGRAVO CONHECIDO E DESPROVIDO.

1. No que tange, inicialmente, à preliminar de inadequação da via eleita, formulada pela parte Agravante, há de se tê-la por insubsistente. É que a postulação deduzida na sede mandamental de origem parece realmente lastrear-se em suporte fático devidamente comprovado por meio prova pré-constituída, tendo em vista que há provas que evidenciam que a Administração Pública embargou o estabelecimento em razão de uma licença que ela mesma – Administração – deixou de expedir por inércia. A este respeito, não há qualquer necessidade de dilação probatória, tendo em vista que os fatos são incontroversos, afigurando-se possível o manejo do

writ of mandamus para tutelar o direito líquido e certo que supostamente encontra-se em rota de violação.
2. Na espécie, a empresa Agravada reuniu todas as licenças necessárias para o regular funcionamento do estabelecimento, entre elas a licença sanitária, o alvará de construção e a licença de instalação, restando-lhe apenas o alvará de funcionamento. A propósito deste, a empresa protocolizou em 12 de janeiro de 2009 um requerimento perante a Secretaria responsável por sua expedição, anexando toda a documentação que lhe foi requisitada, porém não obteve, até o presente instante, qualquer resposta da Prefeitura, seja no sentido de que preenche os requisitos seja no sentido de que não os preenche. Tal situação traduz uma superlativa ofensa no princípio do livre exercício da atividade comercial, notadamente porque não se trata de um indeferimento, é bom ressaltar, de um pedido de expedição de licença, mas da própria recusa injustificada da Administração em fornecer uma resposta à empresa interessada que, neste meio tempo, fica com seu estabelecimento impossibilitado de funcionar – a despeito de já construído e já instalado. Precedentes do TJCE.
3. Agravo conhecido e desprovido.

ACÓRDÃO

Vistos relatados e discutidos os autos do PROCESSO Nº 26857-32.2009.8.06.0000/0, acordam os Desembargadores que compõem a Segunda Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, por votação unânime, em conhecer do Agravo e negar-lhe provimento, nos termos do voto da Desembargadora Relatora.

Fortaleza, 16 de março de 2011.

RELATÓRIO

Cuida-se de Agravo de Instrumento interposto pelo MUNICÍPIO DE FORTALEZA em face de PLANETA SUPERMERCADOS LTDA visando impugnar decisão interlocutória oriunda do juízo da 5ª Vara da Fazenda Pública que, nos autos da ação mandamental nº 111240-37.2009.8.06.0001/0, suspendeu os efeitos do Auto de Embargo de Atividade que havia sido lavrado em desfavor da empresa ora Agravada pela Secretaria Regional II do Município de Fortaleza, por considerar que a demora da

Administração Pública para apreciar o pedido de expedição de Alvará de Funcionamento não poderia resultar na lavratura do referido auto.

Em suas razões (fls. 04/17), o Município sustenta, preliminarmente, a impropriedade da via eleita, alegando a inexistência de prova pré-constituída a propósito do direito reivindicado, além do que o tema demanda dilação probatória. No mérito, alega que o Agravado não possui direito à expedição do alvará de funcionamento, em razão de disposições normativas contidas no Código de Obras e Posturas do Município de Fortaleza e que a sua expedição se insere no âmbito da discricionariedade administrativa, não cabendo, ao Poder Judiciário, imiscuir-se em tais atributos.

Requisitei informações específicas por meio dos despachos de fls. 61, 74 e 86 – que vieram a ser corretamente prestadas às fls. 90 e documentação de fls. 91 e seguintes – e determinei a intimação da parte Agravada para, no prazo legal, responder ao Agravo.

A empresa recorrida, devidamente intimada, veio a adversar os termos do Agravo às fls. 69/69, oportunidade em que sustentou a insubsistência da preliminar de inépcia da exordial, vez que o direito sustentado se ampara em prova pré-constituída, bem como as desarrazoadas alegações do Município de Fortaleza no que tange à situação administrativa do estabelecimento, especialmente porque todas as licenças foram expedidas, à exceção do Alvará de Funcionamento, e este apenas por inércia da Administração Pública. Por estas razões, pugnou pelo desprovimento do Agravo.

É o relatório.

VOTO

De início, tenho por presentes os pressupostos extrínsecos e intrínsecos de recorribilidade, pelo que a via recursal em exame encontra-se em plena aptidão formal para ser processada.

No que tange, inicialmente, à preliminar de inadequação da via eleita, formulada pela parte Agravante, tenho-a, pelo menos no âmbito do vertente juízo e de sua cognição de estilo, como insubsistente. É que a postulação deduzida na sede mandamental de origem parece realmente lastrear-se em suporte fático devidamente comprovado por meio prova pré-constituída, tendo em vista que há provas que evidenciam que a Administração Pública embargou o estabelecimento em razão de uma licença que ela mesma – Administração – deixou de expedir por inércia. A este respeito, não há qualquer necessidade de dilação probatória, tendo em vista que os fatos são incontroversos, de modo que, a meu sentir, afigura-se constitucional e processualmente possível o manejo do *writ of mandamus* para tutelar o direito líquido e certo que supostamente encontra-se em rota de violação.

Por tais razões, rejeito a preliminar**.**

No que tange às alegações meritórias direcionadas contra a decisão interlocutória impugnada, não me parece que haja qualquer razoabilidade no Auto de Embargo de Atividade lavrado pela Secretaria Regional II da Prefeitura Municipal de Fortaleza-CE, de modo que a decisão que suspendeu os seus efeitos em sede liminar parece-me, de fato, acertada.

O que se tem nos autos é que a empresa Agravada reuniu todas as licenças necessárias para a construção do estabelecimento (conforme fls. 28/32), entre elas a licença sanitária, o alvará de construção e a licença de instalação, restando-lhe apenas o Alvará de Funcionamento. A propósito deste, a empresa protocolizou em 12 de janeiro de 2009 um requerimento perante a Secretaria responsável por sua expedição, anexando toda a documentação que lhe foi requisitada, porém não obteve, até o presente instante, qualquer resposta da Prefeitura, seja no sentido de que preenche os requisitos seja no sentido de que não.

Ora, é de todo desarrazoado que o particular suporte o ônus da excessiva demora da Administração Pública em examinar o pedido formulado na sede administrativa, deixando, por esta exclusiva razão, de exercer livremente sua atividade econômica.

Sob tal enfoque, é de bom alvitre enfatizar que não se trata, aqui, Sr. Presidente, de um *indeferimento* de um pedido Administrativo e do funcionamento clandestino de uma empresa, à míngua das licenças necessárias. Trata-se, na verdade, de uma empresa que logrou a expedição de todos os Alvarás necessários, faltando-lhe apenas o de Funcionamento. Sucede que este ainda não veio a ser expedido porque o processo administrativo que dele se ocupa já tramita na Secretaria Regional II há mais de 2 (dois) anos.

Tal circunstância, ao que me parece, produz uma superlativa ofensa no princípio do livre exercício da atividade comercial, notadamente porque não se trata de um indeferimento, é bom ressaltar, mas da própria recusa injustificada da Administração em fornecer uma resposta à empresa interessada que, neste meio tempo, fica com seu estabelecimento impossibilitado de funcionar – a despeito de já construído e já instalado.

Essas são as razões que me levam a concluir pela correção da decisão do magistrado de piso, que deferiu a medida liminar para sustar os efeitos do Auto de Embargo de Atividade, porque este, naturalmente, tinha por fundamento justamente a ausência de Alvará de Funcionamento.

Este Tribunal já se defrontou com situações semelhantes em outras hipóteses. Em pesquisa jurisprudencial, pude localizar valioso precedente do Desembargador Antônio Abelardo Benevides Moraes, que diante de situação análoga, assim concluiu:

> "(...) A ausência do Alvará Sanitário decorre da demora do pronunciamento da Prefeitura em um procedimento administrativo instaurado para

> sua obtenção, não sendo justo a recorrida ficar a mercê indefinida da Administração no aguardo da resposta a seu pleito" (Apelação / Reexame Necessário 71008200580600000; Relator(a): ANTÔNIO ABELARDO BENEVIDES MORAES; Órgão julgador: 3ª Câmara Cível; Data do julgamento: 22/02/2010; Data de registro: 25/02/2010)

Na mesma linha, esta 2ª Cãmara Cível, em processo da Relatoria da Eminente Desembargadora Gizela Nunes da Costa, reconheceu a ilegalidade da omissão injustificada da Administração Pública em analisar pleitos relacionados a licenças de funcionamento, conforme ementa que se segue:

> Ementa: RECURSO OFICIAL - MANDADO DE SEGURANÇA - DIREITO DE CERTIDÃO - GARANTIA FUNDAMENTAL DO CIDADÃO ASSEGURADA CONSTITUCIONALMENTE - OBTENÇÃO DE ALVARÁ DE FUNCIONAMENTO - NEGATIVA DA AUTORIDADE COATORA - ATO ABUSIVO E ILEGAL, VIOLADOR DE DIREITO LÍQUIDO E CERTO - RECURSO CONHECIDO, MAS DESPROVIDO.
> I - A Constituição da República, em seu art. 5º, XXXIV, "b", assegura aos cidadãos o direito de obter certidões em repartições públicas, para defesa de direitos e esclarecimento de situações de interesse pessoal.
> II - A negativa da autoridade autora em conceder ao impetrante a certidão requisitada, uma vez demonstrado o seu legítimo interesse, bem como tendo em vista que não se trata de assunto sigiloso, configura inequívoca lesão a direito assegurado ao cidadão pela Carta Magna.
> III - Quanto ao pedido para concessão de alvará de funcionamento, a autoridade impetrada não concede nem indefere, permanecendo indiferente e, com isto, ferindo o art. 5º, incs. XIII e XXXIV, do Texto Constitucional. Daí a necessidade de concessão da segurança ora pleiteada, porque a restrição imposta com a omissão verificada revela-se absolutamente ilegal, ferindo direito líquido e certo constitucionalmente assegurado.
> IV - Recurso oficial conhecido, mas desprovido. (Apelação cível 529103200480600000; Relator(a): GIZELA NUNES DA COSTA; Órgão julgador: 2ª Câmara Cível; Data do julgamento: 28/05/2008; Data de registro: 05/06/2008)

DO EXPOSTO, conheço do Agravo, porém nego-lhe provimento.
É como voto, Sr. Presidente.

Fortaleza, 16 de março de 2011.

PROCESSO Nº: 31221-81.2008.8.06.0000/0
TIPO: AGRAVO DE INSTRUMENTO C/ PEDIDO DE EFEITO SUSPENSIVO
COMARCA: FORTALEZA
AGRAVANTE: ESTADO DO CEARÁ
AGRAVADO: LUCIANO MENDES DE SOUZA
RELATOR: DES.FRANCISCO AURICÉLIO PONTES

EMENTA: AGRAVO DE INSTRUMENTO - CONSTITUCIONAL - FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS - RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA DOS ENTES DA FEDERAÇÃO CONFIGURADA - LEGITIMIDADE DO ESTADO DO CEARÁ PARA COMPOR O POLO PASSIVO DA DEMANDA – NÃO CONFIGURADA A VIOLAÇÃO AOS PRINCÍPIOS ADMINISTRATIVOS, LEGALIDADE E EFICIÊNCIA - NÃO INCIDÊNCIA DA TEORIA DA RESERVA DO POSSÍVEL EM SE TRATANDO DE DIREITO FUNDAMENTAL À VIDA SAUDÁVEL - DECISÃO DE ORIGEM QUE APLICOU O PRINCÍPIO DA ISONOMIA PARA GARANTIR O MÍNIMO EXISTENCIAL AO CIDADÃO HIPOSSUFICIENTE - APLICAÇÃO DE MULTA DIÁRIA. - POSSIBILIDADE - RECURSO CONHECIDO, MAS DESPROVIDO. DECISÃO MANTIDA.

I - Na esteira dos diversos precedentes desta Corte e do STJ, em se tratando da necessidade de fornecimento de medicamentos, a demanda pode ser proposta contra qualquer dos entes Federativos, dada a natureza solidária da obrigação da prestação da saúde. Competência da Justiça Estadual.

II - A decisão judicial que determina o fornecimento de medicação prescrita por receituário médico, em favor de enfermo hipossuficiente, não afronta o princípio constitucional da isonomia, conquanto aplica, no caso concreto, o direito à efetiva prestação do Estado no tocante à prestação universal da saúde. Não houve também violação aos princípios da Administração Pública, quais sejam, legalidade e eficiência, tendo em vista que as portarias editadas pelo Ministério da Saúde são normas de hierarquia inferior aos imperativos consitucionais.

III - A teoria da reserva do possível não se presta como

justificativa plausível a fim de não garantir o mínimo existencial do cidadão, consistente na assistência médica e proteção ao mais nobre dos direitos (a vida).
IV - Valor da multa diária mantido.
V - Agravo de instrumento conhecido, mas improvido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de agravo de instrumento com pedido de efeito suspensivo de nº 31221-81.2008.8.06.0000/0, em que são partes as retro indicadas.

Acordam, por votação unânime, os Excelentíssimos Senhores Desembargadores que compõem a 2ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, em conhecer o presente recurso, mas para negar-lhe provimento, nos termos do voto do relator.

RELATÓRIO

Trata-se de agravo de instrumento com pedido de efeito suspensivo interposto pelo Estado do Ceará em face de decisão proferida pelo MM. Juiz de Direito da 2ª Vara da Fazenda Pública da Comarca de Fortaleza, nos autos da ação de Obrigação de Fazer c/c antecipação de tutela proposta por Luciano Mendes de Souza, distribuída sob o nº 2008.0031.3161-7/0.

Em sede de antecipação de tutela, o julgador monocrático, acolhendo o pleito autoral, determinou que o promovido fornecesse os medicamentos indicados na exordial, em favor do suplicante, nas dosagens estabelecidas pelo receituário médico necessárias ao seu tratamento sob pena de multa diária arbitradas no valor de R$ 1.000,00 (um mil reais), conforme cópia repousante às fls. 36/40.

Inconformado, o agravante suscita, em suas razões (fls. 02/14), da ilegitimidade passiva do Estado do Ceará e do afrontamento da decisão judicial ao princípio da isonomia, uma vez que atende ao interesse particular em detrimento dos tratamentos universais e igualitários, além da inobservância à aplicação da teoria da reserva do possível para a espécie em apreço.

Aduz, no mais, o insurgente que os remédios declinados na exordial não estão contemplados em nenhuma lista de financiamento de medicamentos disponíveis no serviço público, figurando a determinação do Judiciário como ofensa aos percentuais estabelecidos pela Constituição Federal.

Requer ainda, por esta via, o agravante a suspensão da decisão concessiva, e, no mérito, a revogação em definitivo.

Dormitam, às fls. 15/42, os documentos obrigatórios, essenciais e

facultativos.

Às fls. 47/48, a Exma. Desa. Lúcia Maria Bitu, plantonista, recebeu o recurso na forma de instrumento, porém não concedeu a suspensividade perseguida.

Após a publicação da referida decisão, o agravante interpôs Agravo Regimental, requerendo a reconsideração da decisão impugnada, fls. 53/55.

A Egrégia Segunda Câmara Cível, por decisão unânime, não reconheceu do Agravo Regimental, tendo em vista que o despacho atacado é irrecorrível, fls. 64/66.

Instada a manifestar-se, a douta Procuradoria Geral de Justiça, às fls. 76/77, ressalvou que o agravado não fora intimado para apresentar resposta ao recurso impetrado, segundo as formalidades do art. 527 do Código de Processo Civil, e que somente irá se manifestar, quanto ao mérito, após o cumprimento da diligência requerida.

Intimado o recorrido, por meio de seu patrono, apresentou resposta ao recurso, às fls. 81/90, alegando, preliminarmente, do cabimento do agravo na forma retida e, no mérito, da legalidade do pedido de antecipação de tutela.

Abriu-se, novamente, vista à Procuradoria Geral de Justiça, que, às fls. 92/99, opinou pelo conhecimento do agravo na forma de instrumento, mas, no mérito, inclinou-se pelo seu improvimento.

Concluídas as diligências de estilo, retornaram conclusos para exame.

VOTO

Conheço o recurso, porquanto preenchidos os necessários requisitos de admissibilidade.

Em conformidade com os documentos obrigatórios, essenciais e facultativos colacionados pelo recorrente, depreende-se que o magistrado *"a quo"* (fls. 36/40), ao examinar o pedido de antecipação de tutela, formulado pelo ora agravado, consistente no fornecimento de medicamentos, entendeu por bem, conceder tal medida, sob pena de multa diária no valor de R$ 1.000,00 (um mil reais), pois a demora que, eventualmente venha a ocorrer no processo, devido à via processual eleita, poderá acarretar no agravamento do estado de saúde do paciente.

Contra esta decisão foi manejado o presente agravo.

Desde já, passo ao exame das razões recursais suscitadas pelo recorrente.

Sob alegação de que o fornecimento dos medicamentos, indicados na exordial, não fazem parte das atribuições de competência do Estado do Ceará, segundo as repartições dispostas pelo Sistema Único de Saúde, este se declara parte ilegítima para configurar no polo passivo da demanda.

Entretanto, não prospera a irresignação do recorrido, tendo em vista que o Estado do Ceará, assim como os demais entes da federação, devem assegurar a todos os cidadãos o direito à vida saudável.

Isto posto, passo a expor os fundamentos e precedentes que compuseram a

formação desta decisão.

A Constituição da República reservou, em seu art. 196, tópico próprio à saúde, tratando-a, portanto, de modo diferenciado, por ser considerado verdadeiro direito fundamental, ao dispor:

> "Art. 196. A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantindo 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".

Em outra norma, a Lei Maior ao estabelecer as competências de cada ente federativo, prescreveu, em seu art. 23, inciso II:

> "Art. 23. É competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios:
> II - Cuidar da saúde e assistência pública, da proteção e garantia das pessoas portadoras de deficiência"

Logo, por ser a prestação da saúde de competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, cabe ao promovente, cidadão hipossuficiente, escolher contra qual ente público pretende deduzir sua demanda, pois o caso é de litisconsórcio facultativo.

Ressalta-se, por oportuno, que o fato da Lei de nº 8.080/90 estabelecer uma divisão interna de tarefas específicas para cada ente da Federação, não constitui óbice para que o cidadão possa pleitear solidariamente, de qualquer dos entes, os medicamentos necessários à seu tratamento, mesmo porque, em momento posterior, pelas vias burocráticas, depois de garantida a entrega dos remédios, haverá a possibilidade de tais entes federativos equacionarem as despesas com a aquisição dos mesmos, compensando-se os gastos entre si.

A solidariedade é instituto previsto no art. 264 e seguintes do CC pátrio, cuja característica é a possibilidade de que o legitimado tem de demandar contra qualquer dos corresponsáveis ou contra todos.

Assim, em face da solidariedade passiva, o detentor do direito não está obrigado a acionar este ou aquele devedor, sendo notória a vantagem que isto representa para o postulante, que, podendo escolher a quem demandar, naturalmente se dirigirá contra quem ofereça melhores probabilidades de satisfazer a pretensão resistida.

Aliás, a vã tentativa de tumultuar demandas desta natureza tem sido repelida de forma reiterada pelos Tribunais na medida em que, se cuidando de ação que objetive o fornecimento de medicamentos em favor de enfermos que não têm condição financeira suficiente para comprá-los com seu próprio esforço, a demanda pode ser

proposta contra qualquer um dos níveis de organização, não havendo a necessidade de se intentar o feito contra todos os entes legitimados, sob pena de obstar o acesso à Justiça.

Veja-se os precedentes oriundos das Cortes Superiores:

> "ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL - FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS - TRATAMENTO MÉDICO - SUS - RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA DOS ENTES FEDERATIVOS. 1. O funcionamento do Sistema Único de Saúde - SUS é de responsabilidade solidária da União, Estados-membros e Municípios, de modo que, qualquer dessas entidades têm legitimidade ‚ad causam' para figurar no pólo passivo de demanda que objetiva a garantia do acesso à medicação para pessoas desprovidas de recursos financeiros. 2. Recurso especial provido. Retorno dos autos ao Tribunal de origem para a continuidade do julgamento." (STJ - 2ª Turma - Rel. Min. Eliana Calmon - Resp 771.537/RJ - julgado em 15.09.2005 - DJ 03.10.2005, p. 237).

> "EMENTA: RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA NO SUS: MANDADO DE SEGURANÇA - ADEQUAÇÃO - INCISO LXIX, DO ARTIGO 5º, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. Uma vez assentado no acórdão proferido o concurso da primeira condição da ação mandamental - direito líquido e certo - descabe concluir pela transgressão ao inciso LXIX do artigo 5º da Constituição Federal. SAÚDE - AQUISIÇÃO E FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS - DOENÇA RARA. Incumbe ao Estado (gênero) proporcionar meios visando a alcançar a saúde, especialmente quando envolvida criança e adolescente. O Sistema Único de Saúde torna a responsabilidade linear alcançando a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios." (STF - 2ª Turma - RE 195192/RS - Rel. Min. Marco Aurélio - Julg. 22/02/2000 - DJ 31-03-2000, PP-00060).

Deste modo, mostra-se desnecessária e protelatória a medida consistente em excluir o Estado do Ceará da obrigação imposta pelo magistrado de primeira instância.

O agravante, em suas razões, suscita que o Poder Público deve ser isento de qualquer imputação referente à violação de normas que visem assegurar o direito à saúde, tendo em vista que o mesmo está obedecendo diretamente às portarias do Ministério da Saúde, além de que os medicamentos solicitados não estão previstos pelas Portarias desse Ministério.

Entretanto, este argumento resta infrutífero, uma vez que as portarias são normas de inferior hierarquia, não podendo, pois, prevalecer em relação ao direito

constitucional à saúde e à vida.

Veja-se, a propósito, o entendimento do STJ:

> "Uma simples restrição contida em norma de hierarquia inferior (Portaria/MS) não pode fazer tábula rasa do direito constitucional à saúde e à vida, especialmente, diante da prova concreta trazida aos autos pela impetrante e à míngua de qualquer comprovação por parte do recorrido que venha a ilidir os fundamentos lançados no único laudo médico anexado aos autos." (STJ - RMS 17903 / MG - 2ª. Turma - Rel. Min. Castro Meira, j. 20.09.2004).

Desta feita, a inobservância das portarias editadas pelo Ministério da Saúde em modo algum ofende o princípio da legalidade, tampouco compromete o princípio administrativo da eficiência.

Da mesma forma, não vislumbro ofensa ao princípio da isonomia. Pelo contrário, pois seu deferimento, com certeza, dará mais efetividade a tal princípio, visto que garantirá, a quem não tem condições de prover por meios próprios, o direito à saúde.

Na verdade, impõe-se destacar que não se está privilegiando uma parte em detrimento do todo, mas tratando a parte que tem situação médica diferenciada segundo as suas diferenças, valendo-se, no caso do real sentido do princípio da isonomia, porquanto o julgamento não se dá em razão da pessoa, mas sim em função da situação clínica do paciente, configurada na necessidade de medida urgente.

Ainda no mérito, faz-se oportuno tecer algumas considerações a respeito da teoria da reserva do possível em suposto confronto com o princípio do mínimo existencial e da dignidade da pessoa humana.

Se, por um lado, deve o julgador levar em conta a conhecida teoria da reserva do possível, também denominada teoria da reserva do financeiramente possível, a qual contém dois pressupostos primordiais, a saber: a) a suficiência de recursos públicos; b) a previsão orçamentária da respectiva despesa.

Por outro, é certo que o Estado deve atender o mínimo existencial do cidadão, que, em síntese, se traduz nas necessidades básicas de sobrevivência em atendimento ao princípio da dignidade da pessoa humana.

A teoria da reserva do possível é, sem dúvida alguma, de grande relevância, posto que visa ao equilíbrio financeiro e administrativo do Estado, em todos os seus níveis de organização, evitando, entre outros males, o gasto público com despesa sem anterior previsão orçamentária, bem como vedar a contratação de obrigações sem a correspondente suficiência de recursos públicos.

Todavia, em que pese à imprescindibilidade da aplicação da mencionada teoria, em determinados casos, esta não pode ser utilizada, por parte dos administradores públicos, como intransponível escudo para deixar de atender as necessidades do cidadão, notadamente quando se trata de direito à vida e à saúde.

Logo, a reserva do possível não exime, por si, a obrigatoriedade do Estado em atender as necessidades públicas, especialmente estas que se relacionem com direitos sociais prestacionais, consubstanciados nas necessidades básicas inerentes a cada cidadão (mínimo existencial).

Ademais, a jurisprudência dos Tribunais, inclusive deste Sodalício, é firme no sentido de que não existe afronta ao princípio da separação dos poderes, quando o Judiciário defere medidas coercitivas, em favor dos hipossufientes, devido à ausência de previsão orçamentária específica para atender necessidades desta natureza.

Desta forma, a atuação do Poder Judiciário dá-se não para formular políticas públicas, incumbência esta de alçada do Executivo e do Legislativo, mas sim para possibilitar a implementação das que, anteriormente, já foram apontadas pela Constituição.

Neste sentido, acosto parte do didático voto proferido pelo eminente Min. Celso de Mello, por ocasião da Medida Cautelar 1.246/SC, redigido nos seguintes termos:

> "Entre proteger a inviolabilidade do direito à vida, que se qualifica como direito subjetivo inalienável assegurado pela própria Constituição da República (art. 5º, 'caput'), ou fazer prevalecer, contra essa prerrogativa fundamental, um interesse financeiro e secundário do Estado, entendo - uma vez configurado esse dilema – que razões de ordem ético-jurídica impõem ao julgador uma só e possível opção: o respeito indeclinável à vida."

É que o fato de não haver previsão orçamentária para atender o cidadão em suas demandas essenciais conduziria a uma situação de verdadeiro arbítrio por parte do Poder Executivo, circunstância que não se concebe em um Estado Democrático de Direito.

Ainda sobre o tema, colho brilhante trecho da decisão, que se traduz em verdadeira lição, emanada do Pretório Excelso, quando do julgamento da Arguição de descumprimento de preceito fundamental (ADPF) de nº 45, sob a relatoria do eminente Ministro Celso de Mello, consignada nos seguintes termos:

> "É que a realização dos direitos econômicos, sociais e culturais – além de caracterizar-se pela gradualidade de seu processo de concretização – depende, em grande medida, de um inescapável vínculo financeiro subordinado às possibilidades orçamentárias do Estado, de tal modo que, comprovada, objetivamente, a incapacidade econômico-financeira da pessoa estatal, desta não se poderá razoavelmente exigir, considerada a limitação material referida, a imediata efetivação do comando fundado no texto da Carta Política. Não se mostrará lícito, no entanto, ao Poder Público, em tal

> hipótese – mediante indevida manipulação de sua atividade financeira e/ou político-administrativa – criar obstáculo artificial que revele o ilegítimo, arbitrário e censurável propósito de fraudar, de frustrar e de inviabilizar o estabelecimento e a preservação, em favor da pessoa e dos cidadãos, de condições materiais mínimas de existência. Cumpre advertir, desse modo, que a cláusula da 'reserva do possível' – ressalvada a ocorrência de justo motivo objetivamente aferível – não pode ser invocada, pelo Estado, com a finalidade de exonerar-se do cumprimento de suas obrigações constitucionais, notadamente quando, dessa conduta governamental negativa, puder resultar nulificação ou, até mesmo, aniquilação de direitos constitucionais impregnados de um sentido de essencial fundamentalidade". (STF, ADPF n. 45, Rel. Min. Celso de Mello, julg. 29.04.04)

Por fim, não entendo como incabível, nem tão pouco como abusiva a aplicação de multa diária decorrente do descumprimento de sentença judicial, uma vez que estas visam garantir uma justiça mais efetiva e célere, razão pela qual mantenho o valor de R$ 1.000,00 (um mil reais) por dia de atraso.

O Superior Tribunal de Justiça vem cristalizando o seu entendimento de que, quando razoável e proporcional, o valor arbitrado pelo magistrado "a quo", referente à multa diária, deve ser mantido, para que assim seja efetivado o seu caráter pedagógico, qual seja, compelir a parte sucumbente ao cumprimento da obrigação imposta.

Sob o mesmo entendimento, ressalte-se o artigo: "Astreintes: multas diárias forçam partes a respeitar decisões judiciais'', publicado em 12/12/2010, no site do Superior Tribunal de Justiça, onde a Exma. Ministra Nancy Andrighi conclui que: ,'(…) se o único obstáculo ao cumprimento da decisão judicial é a resistência ou descaso da parte condenada, o valor acumulado da multa não deve ser reduzido.''.

Assim, compulsando os autos, restou demonstrada documentalmente, por meio de relatórios e atestados médicos, acostados aos presentes autos, a necessidade de obtenção dos medicamentos postulados pelo ora recorrido.

Deste modo, mantenho a sentença do magistrado *"a quo"*, em todos os seus termos, por entender que negar o fornecimento do remédio configuraria ato ilegal e abusivo, afrontando o princípio constitucional da dignidade humana, consubstanciado, na espécie, direito à vida.

Diante de tais considerações, conheço o recurso, posto que presentes os requisitos de admissibilidade, mas para negar-lhe provimento.

É como voto, Senhor Presidente.

Fortaleza, 20 de julho de 2011.

AGRAVO DE INSTRUMENTO n° 37371-42.2010.8.06.0000/0
AGRAVANTE: IONE LIMA FREITAS
AGRAVADO: BANCO ITAUCARD S/A
RELATOR: DESEMBARGADOR ADEMAR MENDES BEZERRA

EMENTA: CONSUMIDOR E PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO DE INSTRUMENTO EM AÇÃO REVISIONAL. JUÍZO DE RETRATAÇÃO EXERCIDO PELO MAGISTRADO *A QUO*. MATÉRIAS DEVOLVIDAS PREJUDICADAS, À EXCEÇÃO DA DISCUSSÃO ACERCA DA LEGALIDADE DA COBRANÇA DE JUROS SOBRE JUROS. CONSTITUCIONALIDADE DA PACTUAÇÃO DO ANATOCISMO. AGRAVO DE INSTRUMENTO CONHECIDO E IMPROVIDO.

- O magistrado *a quo* informou que, em juízo de retratação, determinou ao agravado que acostasse aos autos a cópia do contrato celebrado entre as partes, bem como a indicação dos juros pactuados e, por fim, que se abstenha de incluir o nome da parte autora nos cadastros de inadimplentes, ou que proceda à sua retirada, caso este já tenha sido negativado. Deste modo, somente a questão do anatocismo não se encontra prejudicada pelo exercício do juízo de retratação.

- Sobre a cobrança de juros remuneratórios acima de 12% ao ano, tem-se que – consoante enunciado da Súmula 596 do STF – já está sedimentada na jurisprudência a inaplicabilidade da limitação prevista no art. 1º da Lei da Usura às instituições componentes do Sistema Financeiro Nacional, tais como o banco demandado. O Pretório Excelso assentou que dita norma – vigente até o advento da EC nº. 40/03 – era de eficácia limitada, dependente de regulamentação que jamais aconteceu. Sobre o tema foi editada a súmula nº 648.

- Em nível infraconstitucional, a matéria foi devidamente enfrentada pelo Superior Tribunal de Justiça no julgamento do incidente de processo repetitivo referente aos contratos bancários subordinados ao Código de Defesa do Consumidor (Recurso Especial nº 1.061.530-RS), ficando sedimentado o

entendimento de que a estipulação de juros remuneratórios superiores a 12% ao ano, por si só, não indica abusividade.
- Agravo de Instrumento conhecido e improvido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos do Agravo de Instrumento nº 37371-42.2010.8.06.0000/0, em que figuram as partes acima referidas.

Acordam os Desembargadores integrantes da 2ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, à unanimidade, em negar provimento ao agravo, nos termos do voto do Relator.

Fortaleza, 16 de março de 2011.

RELATÓRIO

Trata-se de Agravo de Instrumento interposto por Ivone Lima Freitas objetivando a reforma da interlocutória, de fls. 88/89, proferida pelo Juiz de Direito da 28ª Vara Cível desta comarca, na ação revisional de contrato de administração de cartão de crédito, autuada sob o nº 141083-47.2009.8.06.0001, e que indeferiu o pedido de depósito judicial das parcelas contratuais com a aplicação de taxa de juros inferior à contratada e, ainda, determinou que a autora, ora recorrente, apresentasse planilha de cálculos com a incidência do índice de juros pactuado, bem como a cópia do contrato.

A agravante sustenta que o contrato celebrado entre as partes não foi entregue até a presente data, pretendendo que a instituição financeira promovida efetue a respectiva juntada aos autos da cópia do instrumento obrigacional. Destaca, ainda, a prática abusiva por parte do recorrido que vem aplicando juros sobre juros, configurando o ato de anatocismo e contrariando o enunciado da Súmula nº 121, do Supremo Tribunal Federal.

Pugna pela atribuição de efeito suspensivo à interlocutória agravada e, no mérito, pela sua reforma. Juntou os documentos de fls. 18/89.

Recebidos os autos nesta Corte de Justiça, fui designado Relator. Deneguei o efeito suspensivo. Determinei a intimação da contraparte para o oferecimento de resposta. Requisitei, ainda, informações ao Juiz da causa (fl.95).

Às fls. 98/100, o magistrado *a quo* informou que, em juízo de retratação, determinou ao agravado que acostasse aos autos a cópia do contrato celebrado entre as partes, bem como a indicação dos juros pactuados e, por fim, que se abstenha de incluir o nome da parte autora nos cadastros de inadimplentes, ou que proceda à sua retirada,

caso este já tenha sido negativado.

Contraminuta às fls. 124/133.

É o relato.

VOTO

Diante das informações prestadas pelo nobre magistrado de primeiro grau, vejo que uma única matéria não se encontra prejudicada pelo exercício do juízo de retratação.

Trata-se da questão do anatocismo imputado como inconstitucional pela agravante.

Sobre a cobrança de juros remuneratórios acima de 12% ao ano, tem-se que – consoante enunciado da Súmula 596 do STF – já está sedimentada na jurisprudência a inaplicabilidade da limitação prevista no art. 1º da Lei da Usura às instituições componentes do Sistema Financeiro Nacional, tais como o banco demandado. É o que se lê da ementa em julgado do Superior Tribunal de Justiça:

> "PROCESSO CIVIL - RECURSO ESPECIAL - AGRAVO REGIMENTAL – CONTRATO BANCÁRIO - FINANCIAMENTO COM ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA – JUROS REMUNERATÓRIOS - LIMITAÇÃO AFASTADA - SÚMULAS 596/STF E 283/STJ - APLICABILIDADE - JUROS MORATÓRIOS - CONTRATAÇÃO - POSSIBILIDADE - CAPITALIZAÇÃO MENSAL - MANUTENÇÃO NA PERIODICIDADE ANUAL – DECISÃO MANTIDA EM TODOS OS SEUS TERMOS - DESPROVIMENTO.
>
> 1 - Esta Corte, no que se refere aos juros remuneratórios, firmou-se no sentido de que, com a edição da Lei 4.595/64, não se aplicam as limitações fixadas pelo Decreto 22.626/33, de 12% ao ano, aos contratos celebrados com instituições integrantes do Sistema Financeiro Nacional (Súmula 596 do STF), salvo nas hipóteses de legislação específica. Precedentes.
>
> 2 - Outrossim, conforme orientação da Segunda Seção, não se podem considerar presumidamente abusivas taxas acima de 12% ano, sem que tal fato esteja cabalmente comprovado nos autos, o que, *in casu*, não restou evidenciado pelo v. acórdão recorrido.
>
> 3 - Quanto à questão dos juros moratórios, resta consolidado o entendimento de que, ante o disposto no art. 1.062 do CC de 1916, deve ser mantido o percentual pactuado (1% ao mês), em atenção ao princípio do *pacta sunt*

> *servanda*. Precedentes (AgRg REsp nºs 602.053/RS e 554.709/RS).
> 4 - Esta Corte já firmou o entendimento de que, nos contratos firmados por instituições financeiras, posteriormente à edição da MP 1.963-17/2000, de 31/3/2000, é possível a incidência de capitalização mensal dos juros, desde que expressamente pactuada.
> Todavia, conforme explicitado no *decisum* ora impugnado, verificando-se, *in casu*, que o agravante não traz fundamentação suficiente para ultrapassar a jurisprudência antiga deste Tribunal, há de ser permitida a sua incidência na periodicidade anual.
> 5 - Não há que se falar em modificação dos honorários advocatícios fixados, tendo em vista que a decisão restou mantida em todos os seus termos. Irretocável a partilha fixada.
> 6 - Agravo regimental desprovido. (AgRg no REsp 832162/RS; DJ 07/08/2006, PG: 241; Rel. Min. Jorge Scartezzini)."

Nem se alegue a hipótese de aplicação do antigo art. 192, §3º da Constituição da República, que previa a limitação dos juros reais ao percentual de 12% ao ano. O Supremo Tribunal Federal assentou que dita norma – vigente até o advento da EC nº. 40/03 – era de eficácia limitada, dependente de regulamentação que jamais aconteceu. Tanto assim que o Pretório Excelso editou a súmula n. 648, com a seguinte redação:

> "A norma do § 3º do art. 192 da Constituição, revogada pela EC 40/2003, que limitava a taxa de juros reais a 12% ao ano, tinha sua aplicabilidade condicionada à edição de lei complementar".

Ademais, cumpre asseverar que esta matéria foi devidamente enfrentada pelo Superior Tribunal de Justiça no julgamento do incidente de processo repetitivo referente aos contratos bancários subordinados ao Código de Defesa do Consumidor (Recurso Especial nº 1.061.530-RS), ficando sedimentado o entendimento de que a estipulação de juros remuneratórios superiores a 12% ao ano, por si só, não indica abusividade.

Do exposto, nego provimento ao recurso, mantendo a decisão atacada com as devidas modificações decorrentes do exercício do juízo de retratação.

É como voto.

Fortaleza, 16 de março de 2011.

PROCESSO Nº 38010-28.2010.8.06.0000/0.
AGRAVO DE INSTRUMENTO.
AGRAVANTE: ESTADO DO CEARÁ.
AGRAVADO: FRANCISCO BRUNO DE ARAÚJO (REPRESENTADO POR MARIA DO SOCORRO MACEDO BRUNO).
RELATOR: DES. FERNANDO LUIZ XIMENES ROCHA.

EMENTA: AGRAVO DE INSTRUMENTO. EXECUÇÃO FISCAL. LEI Nº 14.505/2009. PARCELAMENTO POSTERIOR À PENHORA *ON LINE*. LIBERAÇÃO DE VALORES BLOQUEADOS. IMPERTINÊNCIA. PROVIMENTO.

1.A Lei Estadual nº 14.505/2009, no âmbito da autonomia conferida pelo art. 155-A do CTN, apenas deixou de condicionar o parcelamento à prévia garantia do juízo acaso já promovida execução fiscal, o que não autoriza o desbloqueio e a liberação de valores já penhorados via sistema BACEN JUD.

2.Agravo de instrumento conhecido e provido.

ACÓRDÃO

Acordam os integrantes da Primeira Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, por julgamento de Turma, unanimemente, em conhecer do agravo de instrumento e dar-lhe provimento, tudo de conformidade com o voto do Relator.

Fortaleza, 13 de junho de 2011.

RELATÓRIO

Cuida-se de agravo de instrumento interposto em face da decisão do juízo da 4ª Vara de Execuções Fiscais e de Crimes contra a Ordem Tributária da Comarca de Fortaleza (CE), o qual, com amparo nos arts. 151, inc. VI, do CTN e 27 da Lei Estadual nº 14.505/2009, suspendeu a execução fiscal (Processo nº 26773.33.2006.8.06.0001/0) e autorizou a liberação dos valores então bloqueados via penhora realizada pelo sistema BACEN-JUD, existentes em contas correntes do recorrido (fls. 86-7).

O recorrente aduz:

a) a regra legislativa estadual apenas deixa de condicionar a concessão de parcelamento à garantia da execução fiscal já ajuizada, mas não confere àquele o condão de desconstituir constrição já implementada;

b) o decisório adversado foi proferido quando pagas somente 2 (duas) das

15 (quinze) prestações, ignorando o magistrado o risco de prejuízo ao erário oriundo da possibilidade de - uma vez incorrendo o executado em mora quanto às demais parcelas e, por conseguinte, retomando-se o curso do feito executório-, não mais ser possível ao Fisco obter valor suficiente à garantia de pagamento integral do crédito exequendo;

c) a interpretação literal procedida pelo julgador enseja a fraude premeditada de quem pretende suspender a exigibilidade do crédito tributário apenas com o fito de conseguir o desbloqueio de quantia submetida à penhora *on line*.

Transcorrido *in albis* o prazo para contrarrazões (certidão de fls. 103), o juízo *a quo* apresentou informações, sem maiores esclarecimentos hábeis a contribuir para o deslinde da insurreição.

Sem intervenção do Ministério Público, porquanto desnecessária (STJ, Súmula 189).

É o relatório.

VOTO

Recurso tempestivamente interposto. Atendidos os demais requisitos de admissibilidade, conheço da insurreição.

Para o deslinde da controvérsia, impõe-se firmar entendimento acerca da subsistência ou não da penhora em hipótese na qual o parcelamento de débito tributário é posterior à efetivação daquela medida constritiva no âmbito da execução fiscal.

A teor dos arts. 151, inc. VI, e 155-A, do CTN, o parcelamento suspende a exigibilidade do crédito tributário, cuja concessão dar-se-á na forma e condição estabelecidas em lei específica, a ser editada por cada ente político, conforme a competência tributária.

No Estado do Ceará, a Lei 14.505/2009, a qual, entre outras questões, versa sobre o parcelamento de créditos tributários relacionados com o ICMS, IPVA e ITCD, estabelece, por seu art. 27 que, *em relação aos débitos de natureza tributária ajuizados, objeto de parcelamento na forma desta Lei, não serão exigidas garantias à execução*.

A interpretação razoável do preceptivo parece-me ser aquela que não condiciona a concessão do parcelamento da dívida tributária à prévia garantia do juízo, o que é bem diferente de afirmar que a adesão ao parcelamento posteriormente à penhora autoriza a desconstituição desta.

Em suma, o que o legislador estadual fez foi unicamente, no âmbito de sua autonomia (art. 155-A, do CTN), estabelecer hipótese de incidência abrangente para viabilizar o parcelamento não só quanto aos créditos tributários objeto de execução com penhora já realizada, mas também daqueles cujo juízo não tenha sido garantido.

De outra banda, é claro que, uma vez parcelado o pagamento da dívida, suspende-se doravante a exigibilidade do crédito tributário, impossibilitando-se a prática de novos atos de constrição, mas tal não significa que aqueles já realizados devam ser desfeitos.

Do STJ, cito:

> TRIBUTÁRIO. PROGRAMA DE PARCELAMENTO ESPECIAL-PAES. LEI N.º 10.684/03. ADESÃO. EXECUÇÃO FISCAL. SUSPENSÃO. PENHORA REALIZADA. MANUTENÇÃO.
> 1. É firme o entendimento deste Tribunal Superior no sentido de que o parcelamento da dívida tributária, por não extinguir a obrigação, implica a suspensão da execução fiscal, e não sua extinção, que só se verifica após quitado o débito.
> 2. Ao analisar a consequência da adesão a programa de parcelamento tributário sobre penhora já efetuada na execução fiscal, esta Turma conclui pela manutenção da constrição, nos termos preconizados pelo art. 4º, inciso V, da Lei n.º 10.684/03. Precedente: REsp 644.323/SC, DJU de 18.10.2004.
> 3. Recurso especial improvido. (REsp 671.608/RS, Rel. Min. Castro Meira - DJ 03.10.2005 - P. 195).
>
> TRIBUTÁRIO – EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL – CONFISSÃO DA DÍVIDA – PARCELAMENTO DE DÉBITO – SUSPENSÃO DO PROCESSO – PRECEDENTES.
> É pacífico no Superior Tribunal de Justiça o entendimento de que o
> parcelamento da dívida tributária, por não extinguir a obrigação, implica a suspensão dos embargos à execução fiscal, e não sua extinção, que só se verifica após quitado o débito, motivo pelo qual
> a penhora realizada em garantia do crédito tributário deve ser mantida até o cumprimento integral do acordo.
> Agravo regimental improvido (AgRg no REsp 923.784/MG, Rel. Ministro Humberto Martins – Dje 18.12.2008).
>
> PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO RECEBIDOS COMO AGRAVO REGIMENTAL. PRINCÍPIO DA FUNGIBILIDADE RECURSAL. PENHORA *ON-LINE*. PREFERÊNCIA. PARCELAMENTO CONDICIONADO À GARANTIA DO JUÍZO.
> [...]
> 3. A legislação local prevê possibilidade de parcelamento do débito, desde que regularmente garantida a Execução Fiscal (questão incontroversa), o que implica incidência da legislação específica relativa à penhora (Lei 6.830/1980 e arts. 655 e 655-A do CPC), e não seu afastamento.
> 4. Agravo Regimental não provido (EDcl no REsp 1175585/PR, Rel. Min. Herman Benjamin – Dje 19.05.2010)
>
> PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. RECURSO ESPECIAL.

AGRAVO DE INSTRUMENTO EM EXECUÇÃO FISCAL. ADESÃO DO EXECUTADO A PARCELAMENTO TRIBUTÁRIO, POSTERIORMENTE A PENHORA. ACÓRDÃO RECORRIDO QUE DETERMINA O CANCELAMENTO DA PENHORA. IMPOSSIBILIDADE. NECESSIDADE DA MANUTENÇÃO DA PENHORA REALIZADA. RECURSO ESPECIAL PARCIALMENTE PROVIDO.

[...]

Como se observa, o acórdão recorrido considerou que a suspensão da exigibilidade do crédito tributário provocada pelo parcelamento

tributário é motivo para o desbloqueio dos valores financeiros penhorados, em execução fiscal, na conta corrente do executado.

Porém, o entendimento manifestado pelo TRF da 1ª Região não é aceito pela jurisprudência do STJ, que é pela permanência da constrição realizada no executivo fiscal, mesmo que o executado adira a parcelamento do crédito exequendo.

Conquanto não haja menção à legislação que rege o parcelamento a que aderiu o executado, em regra geral (v.g.: Lei n. 9.964/2000 - Refis; Lei n. 10.684/2003 - Paes; Lei n. 11.941/2009), a adesão a parcelamento tributário implica na manutenção automática dos gravames e das garantias prestadas na execução fiscal. Somente os atos constritivos a serem realizados posteriormente a causa de suspensão da exigibilidade do crédito tributário (parcelamento) é que se encontram obstados.

[...]

Ante o exposto, com base no art. 557, § 1º-A, do CPC, dou parcial provimento ao recurso especial para restabelecer a penhora efetivada na execução fiscal [...] (REsp 1159281 – Rel. Min. Benedito Gonçalves – Dje 24.06.2010)

TRIBUTÁRIO. REFIS. MANUTENÇÃO DA PENHORA EFETUADA EM EXECUÇÃO FISCAL. ART. 3º, § 3º, DA LEI 9.964/2000. ARROLAMENTO DE BENS OU GARANTIA NA ESFERA ADMINISTRATIVA. INTERPRETAÇÃO DO § 4º DO ART. 3º DA LEI DO REFIS.

1. Hipótese em que, após a Execução Fiscal já estar garantida por penhora, a empresa aderiu ao Refis e ofereceu, administrativamente, imóvel em garantia do parcelamento.

2. O STJ, ao deparar com a questão da "dupla garantia" – judicial e administrativa – dos créditos, tem determinado a desconstituição da penhora no processo executivo. Todavia, parece-me que essa interpretação, com todo o respeito à opinião em sentido contrário, não encontra amparo nos §§ 3º e 4º do art. 3º da Lei 9.964/2000.

> 3. De acordo com o art. 3º, § 3º, da Lei 9.964/2000: "A opção implica manutenção automática dos gravames decorrentes de medida cautelar fiscal e das garantias prestadas nas ações de execução fiscal". Dessa forma, com a adesão ao Refis, fica mantida a penhora promovida em Execução Fiscal.
> 4. Conforme o § 4º do mesmo dispositivo: "Ressalvado o disposto no § 3º, a homologação da opção pelo Refis é condicionada à prestação de garantia ou, a critério da pessoa jurídica, ao arrolamento dos bens integrantes do seu patrimônio, na forma do art. 64 da Lei 9.532, de 10 de dezembro de 1997." Excetuadas as hipóteses em que o crédito está garantido em Medida Cautelar Fiscal ou Execução Fiscal, a homologação da opção pelo Refis, portanto, está sujeita à prestação de garantia ou arrolamento.
> 5. Depreende-se que o legislador resolveu a questão da "dupla garantia" de maneira diametralmente oposta à adotada pelo STJ. Com efeito, se houver penhora em Execução Fiscal, o gravame deve ser mantido, mas a homologação da opção pelo Refis já não estará subordinada à prestação de nova garantia em relação ao mesmo débito.
> 6. Desse modo, em vez de liberar o bem penhorado na Execução Fiscal, cabe à parte "abater" das garantias prestadas administrativamente o valor que foi objeto de constrição.
> 7. Recurso Especial não provido." (REsp 1144596/RS, Rel. Min. Herman Benjamin – Dje 02/08/2010).
>
> AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ESPECIAL. EXECUÇÃO FISCAL. ARTIGO 462 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. ALEGAÇÃO DE FATO NOVO. ADESÃO A REGIME DE PARCELAMENTO. MANUTENÇÃO DA PENHORA JÁ REALIZADA NOS AUTOS. JURISPRUDÊNCIA PACÍFICA DESTA CORTE. AGRAVO IMPROVIDO.
> 1. "Esta Corte tem entendimento pacificado de que o parcelamento de créditos suspende a execução, mas não tem o condão de desconstituir a garantia dada em juízo. Incidência da Súmula 83/STJ." (AgRgREsp nº 1.146.538/PR, Relator Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, *in* DJe 12/3/2010).
> 2. Agravo regimental improvido. (AgRg no REsp 120826/MG – Rel. Min. Hamilton Carvalhido - DJe 10.12.2010)

Sob tais fundamentos, verifica-se que o ato adversado encontra-se em divergência com a jurisprudência majoritária do STJ, a revelar a consistência da tese recursal.

Do exposto, conheço do agravo de instrumento, dando-lhe provimento.

É como voto.

AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 38374-97.2010.8.06.0000/0
AGRAVANTE: ACS PEIXOTO ME
AGRAVADOS: TARCIANO COSTA MATIAS E RANIELE CRISTINA DA SILVA
ORIGEM: 2ª VARA DA COMARCA DE AQUIRAZ
RELATOR: DES. ADEMAR MENDES BEZERRA

EMENTA: PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO DE INSTRUMENTO EM AÇÃO CAUTELAR DE EXIBIÇÃO DE DOCUMENTOS. SATISFATIVIDADE DA MEDIDA CAUTELAR. POSSIBILIDADE. PRINCÍPIO DA FUNGIBILIDADE DAS TUTELAS DE URGÊNCIA. IMPOSSIBILIDADE MATERIAL DE CUMPRIMENTO DA ORDEM JUDICIAL NÃO COMPROVADA. AGRAVO DE INSTRUMENTO CONHECIDO E IMPROVIDO.

- O Superior Tribunal de Justiça, em observância aos princípios da efetividade e da instrumentalidade do processo, vem admitido, excepcionalmente, a concessão de medida cautelar em lugar da tutela antecipada, mesmo nas ações cautelares que produzam efeito satisfativo, desde que presentes os pressupostos do *fumus boni iuris* e do *periculum in mora*. Trata-se da aplicação do Princípio da Fungibilidade das Tutelas de Urgência.

- Acerca da impossibilidade do cumprimento da ordem judicial, a agravante alegou que as referidas imagens não mais existem. Não fez prova, entretanto, do afirmado. Ressalte-se que, aqui, não se exige o que a jurisprudência denomina de "prova diabólica", qual seja, a prova de fato negativo. Com efeito, a impossibilidade de arquivamento das imagens é facilmente comprovável por prova pericial, de modo, que nada sustenta a irresignação da agravante.

- Agravo de Instrumento conhecido e improvido**.**

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos do Agravo de Instrumento nº 38374-97.2010.8.06.0000/0, em que figuram as partes acima referidas.

Acordam os Desembargadores integrantes da 2ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, à unanimidade, em negar provimento ao agravo, nos termos do voto do Relator.

Fortaleza, 23 de março de 2011.

RELATÓRIO

Trata-se de recurso de Agravo de Instrumento com pedido de efeito suspensivo, ajuizado em face de decisão da lavra do Juiz da 2ª Vara da comarca de

Aquiraz, que, nos autos da Ação Cautelar, nº 1012-56.2010.8.06.0034, reconheceu a relação de consumo entre os litigantes e deferiu parcialmente a liminar pretendida para determinar à ré, ora agravante, que fornecesse aos autores uma cópia integral das imagens captadas, no dia 19 de fevereiro de 2010, pelo circuito interno das câmeras de segurança do nomeado estabelecimento comercial, arbitrando, ainda, a multa diária equivalente a vinte reais em caso de descumprimento da medida judicial.

A agravante sustenta que a decisão agravada tem cunho satisfativo, motivando a sua cassação porquanto uma vez fornecidas as imagens requestadas os autores não mais precisariam produzir qualquer prova nos autos. Afirma que o sistema de circuito interno de seu estabelecimento comercial somente armazena as imagens geradas pelo prazo de sete dias, excluindo, automaticamente, aquelas que distem oito dias da gravação. Por este motivo, entende que o cumprimento da liminar resta prejudicado, assim como a aplicação da multa respectiva.

Foram carreados os documentos de fls. 10/41 e o comprovante do preparo (fl.09).

Requer, ao final, o deferimento do efeito suspensivo e, no mérito, o provimento deste recurso para reformar a decisão combatida.

Recebido o agravo (fl. 46), solicitei informações ao Juiz da causa e determinei a intimação da contraparte para oferecer resposta.

Contraminuta às fls. 49/51.

Os informes não foram apresentados (fl. 54).

É o relatório.

VOTO

Considerando a primeira irresignação da agravante, cumpre ser observado, que o Superior Tribunal de Justiça, em observância aos princípios da efetividade e da instrumentalidade do processo, vem admitido, excepcionalmente, a concessão de medida cautelar em lugar da tutela antecipada, mesmo nas ações cautelares que produzam efeito satisfativo, desde que presentes os pressupostos do *fumus boni iuris* e do *periculum in mora*. Trata-se da aplicação do Princípio da Fungibilidade das Tutelas de Urgência.

Veja-se, por oportuno, os seguintes julgados:

> "PROCESSUAL CIVIL. MEDIDA CAUTELAR DE CARÁTER SATISFATIVO. PRINCÍPIO DA FUNGIBILIDADE. ARTS. 273 E 796 DO CPC.
>
> 1. As medidas liminares de caráter satisfativo são admissíveis, excepcionalmente, face as peculiaridades do caso concreto, desde que estejam presentes os pressupostos específicos do *fumus boni iuris* e do *periculum in mora* e seja a pretensão almejada indispensável à preservação de uma situação de fato que se revele incompatível com a demora na prestação jurisdicional.
>
> 2. Cabe ao juiz natural a aferição sobre o preenchimento dos requisitos para a concessão da tutela cautelar previstos no artigo 273 do CPC, sendo vedado seu reexame, na via especial, a teor da Súmula 7/STJ.
>
> 3. Recurso especial não provido." (REsp 954.548/RS, Rel. Ministro CASTRO MEIRA, SEGUNDA TURMA, julgado em 18.10.2007, DJ 05.11.2007 p. 258) – grifei

> "PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO – AUSÊNCIA DE VIOLAÇÃO DO ART. 535 DO CPC – FUNGIBILIDADE DOS INSTITUTOS DA MEDIDA CAUTELAR E DA TUTELA ANTECIPADA – PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS – SÚMULA 7/STJ.
> 1. Inexiste a alegada violação do art. 535 do CPC, pois a prestação jurisdicional foi dada na medida da pretensão deduzida, conforme se depreende da análise do acórdão recorrido.
> 2. Esta Corte Superior já se manifestou no sentido da admissão da fungibilidade entre os institutos da medida cautelar e da tutela antecipada, desde que presentes os pressupostos da medida que vier a ser concedida.
> 3. O Tribunal de origem, como soberano das circunstâncias fáticas e probatórias da causa, confirmou a decisão recorrida que entendeu estarem presentes nos autos documento hábeis para comprovar o preenchimento dos requisitos da tutela antecipada.
> 4. O mesmo raciocínio pode ser aplicado quanto ao argumento de que o recorrido não fazia jus à reforma a posto superior ao que ocupava na ativa.
> Recurso especial improvido. (REsp 889.886/RJ, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 07.08.2007, DJ 17.08.2007 p. 413) – grifo nosso
>
> "Processual civil. Recurso especial. Fungibilidade entre as medidas cautelares e as antecipatórias dos efeitos da tutela. Art. 273, § 7.°, do CPC. Interesse processual.
> - O princípio da fungibilidade entre as medidas cautelares e as antecipatórias dos efeitos da tutela confere interesse processual para se pleitear providência de natureza cautelar, a título de antecipação dos efeitos da tutela.
> Recurso especial não conhecido." (REsp 653381/RJ, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 21.02.2006, DJ 20.03.2006 p. 268)" – grifou-se

Assim, inexiste óbice à concessão da liminar pelo magistrado de 1º grau. Por outro lado, o que os autores pretendem é a reparação de danos, de forma que a cópia integral das imagens captadas não satisfaz sua pretensão.

Acerca da impossibilidade do cumprimento da ordem judicial, é princípio basilar do processo civil, positivado no art. 332, II, do Código de Ritos, que ao réu incumbe a prova do fato impeditivo do direito do autor.

Deste modo, a agravante alegou que as referidas imagens não mais existem. Não fez prova, entretanto, do afirmado. Ressalte-se que, aqui, não se exige o que a jurisprudência denomina de "prova diabólica", qual seja, a prova de fato negativo.

Com efeito, a impossibilidade de arquivamento das imagens é facilmente comprovável por prova pericial, de modo, que nada sustenta a irresignação da agravante.

À vista do exposto, conheço do presente recurso apenas para lhe negar provimento.

É como voto.

Fortaleza, 23 de março de 2011.

PROCESSO Nº 44524-94.2010.8.06.0000/0
AGRAVO DE INSTRUMENTO
AGRAVANTE: CARPIL – CARLOS DE PAULA CONSTRUÇÕES LTDA
AGRAVADO: OSÓRIO MOREIRA DA JUSTA
ÓRGÃO JULGADOR: 2ª CÂMARA CÍVEL
RELATORA: DESEMBARGADORA MARIA NAILDE PINHEIRO NOGUEIRA

EMENTA: PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. SUBSTITUIÇÃO DE PENHORA. ADEQUAÇÃO À ORDEM PREFERENCIAL ESTATUÍDA NO ART. 655 DO CPC. POSSIBILIDADE QUE EXSURGE DA PRÓPRIA REDAÇÃO DO ART. 656, I, DA LEI PROCESSUAL. ORDEM PREFERENCIAL QUE, A DESPEITO DE NÃO SE QUALIFICAR COMO ABSOLUTA, DEVE SER PRIVILEGIADA NA HIPÓTESE, COMO FORMA DE GARANTIR O SUCESSO DA EXECUÇÃO, EM FACE DA EXISTÊNCIA DE RESTRIÇÕES EM BEM ANTERIORMENTE DADO EM GARANTIA. AGRAVO CONHECIDO E DESPROVIDO.

1. No caso dos autos, trata-se de uma execução ajuizada em 1996 com crédito atualizado até dezembro de 2009 em R$ 59.792,47 (cinquenta e nove mil setecentos e noventa e dois reais e quarenta e sete centavos), no âmbito da qual fora, inicialmente, efetivada penhora de um caminhão da marca Mercedez Benz, ano 95, avaliado no valor de R$ 44.000,00 (quarenta e quatro mil reais). Mesmo diante da penhora, a execução ainda não havia se efetivado, em função de embargos à execução opostos pelo exequido, seguidos de uma série de recursos. No curso da execução, foi detectada uma restrição no referido caminhão, que teria sido objeto de garantia de uma alienação fiduciária realizada com a Rodobens Consórcios. Em virtude desta circunstância, o exequente postulou a substituição da penhora do referido veículo por penhora online de numerários financeiros, o que foi deferido pela juíza *a quo*, nos termos da decisão agravada.

2. A jurisprudência do STJ e do TJCe tem entendido ser possível a substituição de penhora a fim de adequá-la a ordem de preferência prevista no art. 655 do Código de Processo Civil, tal como o estabelece o art. 656, I, do CPC. Além disso, havia dúvida razoável quanto à existência de ônus sobre o caminhão, o que autorizaria, por prudência, a aplicação do art. 656, IV, do CPC, visando a garantir o recebimento do crédito por parte do credor. A simples realização de consulta no *website* do Detran-CE não figura, no âmbito do campo

probatório, como prova válida para desconstituir esta dúvida, até mesmo porque na própria consulta – que não vale como certidão – se afirma que, embora já baixado, o gravame ainda existia, não se informando quando houve a referida baixa. Sob tal enfoque, há que se sublinhar que a penhora online efetivada nos autos seguramente representa uma maior liquidez e eficiência para a consecução do crédito do que a penhora realizada sobre o veículo, homenageando-se, assim, o princípio do resultado da execução. Com efeito, ainda que se considerasse que o veículo encontra-se livre de restrições – como tentou demonstrar a recorrente –, seria possível realizar a sua substituição por penhora online de numerários financeiros com base no art. 656, I, do CPC, sempre no intuito de assegurar uma execução mais célere e eficiente em benefício do credor.

3. O Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, seguindo a diretriz teleológica da reforma processual de 2005 e 2006, tem afirmado reiteradamente que a ordem de preferência prevista no art. 655 deve ser obedecida em favor do credor, a quem cabe indicar os bens que pretender executar. Essa escolha, depois da reforma, não mais cabe ao devedor, e sim ao credor.

4. Agravo conhecido e desprovido.

ACÓRDÃO

Vistos relatados e discutidos os autos do PROCESSO Nº 44524-94.2010.8.06.0000/0 acordam os Desembargadores que compõem a Segunda Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, por votação unânime, em conhecer e negar provimento ao agravo, nos termos do voto da Desembargadora Relatora.

Fortaleza, 23, de fevereiro de 2011.

RELATÓRIO

Cogita-se de Agravo de Instrumento interposto por CARPIL – CARLOS DE PAULA CONSTRUÇÕES LTDA em face de OSÓRIO MOREIRA DA JUSTA desafiando decisão interlocutória da lavra do juízo da 9ª Vara Cível da Comarca de Fortaleza-CE que, nos autos da ação de execução nº 320415-86.2000.8.06.0001/0, determinou a penhora *online* de numerários bancários, a despeito da existência, no curso da execução, de penhora já realizada em caminhão, suficiente para cobrir o crédito exequendo.

Contra esta decisão, os argumentos lançados na minuta são basicamente os seguintes: i) que a penhora do caminhão já é suficiente para cobrir o crédito que está sendo executado; ii) que este caminhão, ao contrário do que consignou a magistrada de origem, não possui nenhuma restrição a impedir a sua venda; iii) que o caminhão

foi avaliado em R$ 44.000,00 (fl. 66), sendo que a quantia executada é R$ 59.792,47, devidamente atualizada (fls. 70/73); iv) que a penhora *on line* excedeu a referida quantia, ao ter sido deferida no valor de R$ 60.000,00 (sessenta mil reais), traduzindo excesso de penhora.

Por estes fundamentos, postula a atribuição de efeito suspensivo ao Agravo a fim de liberar integralmente a quantia penhorada e, subsidiariamente, que reduza a penhora *online* para o valor remanescente da execução depois de subtraído o valor penhora realizada no caminhão.

Por prudência, especialmente diante de agendamento de audiência com propósito conciliatório, despachei à fl. 98 para ouvir a parte agravada e requisitar os informes de estilo, antes de me manifestar sobre a postulação suspensiva.

Às fls. 103/109 adormecem contra-razões.

Às fls. 112/114 foram prestadas as informações.

Às fls. 116/121 indeferi a suspensividade.

É o relatório.

De início, tenho por presentes os pressupostos extrínsecos e intrínsecos de recorribilidade, pelo que a via recursal em exame encontra-se em plena aptidão formal para ser processada.

No mérito, devo sublinhar que as mesmas razões que me levaram ao indeferimento da súplica liminar ainda me parecem presentes, de modo que me limito a reproduzi-las, reiterando-as em sede de uma cognição desta feita mais aprofundada.

1. Com o advento da reforma processual civil, promovida pelas Leis 11.232/05 e 11.382/06, uma série de alterações no instituto da penhora foram realizadas, entre elas a *inversão* do direito de indicar bens a serem penhorados. Luiz Guilhereme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart bem o acentuam ao afirmarem que "*a redação atual do art. 655 do CPC não só inverteu o direito de indicar bens à penhora e alterou substancialmente a ordem que era anteriormente prevista*" (*in* Curso de Processo Civil. Vol. 3. Execução. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 270). Trata-se de uma alteração processual, e, portanto, de aplicação imediata.

Com a nova redação, tem-se que o "*dinheiro, em espécie ou em depósito ou aplicação em instituição financeira*" (art. 655, I, do CPC) goza de preferência em relação ao *"veículo de via terrestre*" (art. 655, II, do CPC). Embora esta ordem de preferência, como se sabe, não seja absoluta, ela somente deve ser relativizada de modo *justificado,* levando-se em consideração sempre a melhor saída para recebimento do crédito pelo credor e menor onerosidade para o devedor. Neste sentido, Fredie Didier Jr., Leonardo José Carneiro da Cunha, Paula Braga e Rafael Oliveira manifestam-se no sentido de que "*a escolha do bem penhorado deve ser feita considerando o direito de tutela efetiva do credor, inclusive a facilidade e rapidez da execução*" (*in* Curso de Direito Processual Civil. Execução. Vol. 5. Salvador: Juspodivm, 2009, p. 579).

2. No caso dos presentes autos, trata-se de uma execução ajuizada em 1996 (fl. 21), com crédito atualizado até dezembro de 2009 em R$ 59.792,47 (cinquenta e nove mil setecentos e noventa e dois reais e quarenta e sete centavos), no âmbito da qual fora, inicialmente, efetivada penhora de um caminhão da marca Mercedez Benz, ano 95, avaliado no valor de R$ 44.000,00 (quarenta e quatro mil reais), conforme fls. 27 e 66. Mesmo diante da penhora, até a presente data a execução ainda não havia se efetivado,

em função de embargos à execução opostos pelo exequido, seguidos de uma série de recursos (fls. 28 e ss.).

No curso da execução, foi detectada uma restrição no referido caminhão, que teria sido objeto de garantia de uma alienação fiduciária realizada com a Rodobens Consórcios, conforme narrativa que adormece à fl. 82. Em virtude desta circunstância, o exequente postulou a substituição da penhora do referido veículo por penhora *online* de numerários financeiros, o que foi deferido pela juíza *a quo,* nos termos da decisão ora agravada (fl. 12)

3. Parece-me, contudo, que é possível a substituição de penhora a fim de adequá-la a ordem de preferência prevista no art. 655 do Código de Processo Civil, tal como o estabelece o art. 656, I, do CPC. Além disso, havia dúvida razoável quanto à existência de ônus sobre o caminhão, o que autorizaria, por prudência, a aplicação do art. 656, IV, do CPC, visando a garantir o recebimento do crédito por parte do credor. A simples realização de consulta no *website* do Detran-CE (fls. 87/88) não me parece que valha, no âmbito do campo probatório, como prova válida para desconstituir esta dúvida, até mesmo porque na própria consulta – que não vale como certidão – se afirma que, embora já baixado, o gravame existia, não se informando quando houve a referida baixa.

Sob tal enfoque, há que se sublinhar que a *penhora* online efetivada nos autos seguramente representa uma maior liquidez e eficiência para a consecução do crédito do que a penhora realizada sobre o veículo, homenageando-se, assim, o princípio do resultado da execução. Com efeito, ainda que se considerasse que o veículo encontra-se livre de restrições – como tentou demonstrar a recorrente –, seria possível realizar a sua substituição por penhora *online* de numerários financeiros com base no art. 656, I, do CPC, sempre no intuito de assegurar uma execução mais célere e eficiente em benefício do credor.

Sob tal enfoque, este Tribunal de Justiça, seguindo a diretriz teleológica da reforma processual de 2005 e 2006, tem afirmado reiteradamente que *a ordem de preferência prevista no art. 655 deve ser obedecida em favor do credor*, a quem cabe indicar os bens que pretender executar. Essa escolha, depois da reforma, *não mais cabe ao devedor*, e sim ao credor. Como bem sublinham Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart, "*o executado não tem direito de nomear bens à penhora [segundo o novo sistema], mas sim o dever de pagar*" (*Ibidem*, p. 268) .

A propósito de tal raciocínio cumpre mencionar jurisprudência deste Tribunal, *verbis*:

> Ementa: PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. PENHORA COMPLEMENTAR. NECESSIDADE DE SATISFAÇÃO DA DÍVIDA POR PARTE DO CREDOR. INCIDÊNCIA SOBRE MERCADORIAS CONSTANTES DO ESTOQUE DO DEVEDOR. PRINCÍPIO DA EXECUÇÃO PELO MODO MENOS GRAVOSO. SUBSTITUIÇÃO POR PENHORA EM DINHEIRO, INCIDENTE SOBRE

PERCENTUAL DO FATURAMENTO DA EMPRESA. OBSERVÂNCIA DA GRADAÇÃO CONSTANTE DO ART. 655, I, DO CPC.

I. O art. 620 do Código de Processo Civil prevê que a execução se processará pela forma menos gravosa para o devedor, desde que a satisfação da dívida puder ocorrer por várias formas.

II. No caso em deslinde, a penhora complementar, deduzidos os valores da constrição anteriormente procedida sobre maquinário da empresa, foi determinada em face de mercadorias constantes do estoque da sociedade empresarial. A confirmação de tal medida de apreensão judicial de bens móveis poderá acarretar a extinção da pessoa jurídica, que ficará privada dos bens necessários à prática dos atos de mercancia, impedindo a continuidade da empresa.

III. Transmudação da penhora em mercadorias constantes do estoque da empresa para a penhora em percentual do faturamento mensal. Objetivo de garantir a observância da regra preferencial constante no art. 655, I, da Lei Adjetiva Civil. Possibilidade em conformação com precedentes do Superior Tribunal de Justiça, especialmente no REsp nº 431.143: "Penhora sobre o faturamento. Precedentes da Corte. 1. A Corte, em diversas oportunidades, tem admitido a penhora sobre o faturamento da empresa devedora, como forma de assegurar a satisfação do crédito, não havendo ilegalidade em tal determinação, considerando o cenário dos autos. 2. Recurso especial não conhecido." (Rel. Ministro CARLOS ALBERTO MENEZES DIREITO, Terceira Turma, DJ 04/08/2003 p. 292)

IV - Mesmo que se constate que os bens móveis constantes do estoque empresarial são fungíveis e que podem ser substituídos por outros da mesma espécie, qualidade e quantidade, há de se considerar que o desfalque ocasionado pela penhora complementar dificultará a continuação dos negócios empresarial em virtude da falta de mercadorias a serem expostas a venda, cumprindo, com melhor conformidade ao objetivo da execução, a substituição da constrição determinada pelo juízo *a quo* por percentual do faturamento mensal da empresa.

V. Agravo conhecido e provido, em parte. (Agravo de instrumento com pedido de efeito suspensivo 2591255200380600000; Relator(a): ADEMAR MENDES BEZERRA; Órgão julgador: 2ª Câmara Cível; Data do julgamento: 11/11/2009; Data de registro: 23/11/2009)

4. Diante de todas estas circunstâncias, parece-me ausentes os requisitos necessários para determinar a liberação das quantias penhoradas, haja vista que a penhora obedeceu às disposições contidas no art. 655 e art. 656, I e IV, do CPC, e à interpretação emprestada pelo TJCE e pelo STJ acerca da temática em exame.

DE TODO O EXPOSTO, conheço do Agravo, porém nego-lhe provimento.

Fortaleza (CE), 23 de fevereiro de 2011.

AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 45315-63.2010.8.06.0000/0
AGRAVANTE: ESTADO DO CEARÁ
AGRAVADA: FILOMENA PINTO DE MESQUITA
RELATOR: DESEMBARGADOR ADEMAR MENDES BEZERRA

EMENTA: AGRAVO DE INSTRUMENTO. CONSTITUCIONAL. ANTECIPAÇÃO DOS EFEITOS DA TUTELA JURISDICIONAL. FORNECIMENTO DE MEDICAÇÃO. DIREITO À SAÚDE. VEROSSIMILHANÇA DA ALEGAÇÃO E FUNDADO RECEIO DE DANO IRREPARÁVEL OU DE DIFÍCIL REPARAÇÃO. POSSIBILIDADE. PRECEDENTES DO STF E DO STJ.

I – A jurisprudência pátria é assente no sentido de permitir a concessão de medidas liminares, cautelares ou antecipatórias da tutela jurisdicional nos casos em que se postulam o fornecimento de medicamentos aptos ao tratamento de saúde, objetivando tutelar dois princípios constitucionais fundamentais: o direito à vida e à saúde.

II – Inteligência dos artigos 5º, *caput*, 6º, *caput,* e 196 da Carta Republicana.

III – O art. 23, II, da CF/1988 erige que se trata de competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios cuidar da saúde, motivo pelo qual o Estado do Ceará não pode se esquivar da responsabilidade para o fornecimento do medicamento na intensidade prescrita no receituário médico que instruiu a inicial.

Agravo de instrumento conhecido, todavia improvido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de agravo de instrumento nº 45315-63.2010.8.06.0000/0, em que figuram as partes acima indicadas, acordam os excelentíssimos senhores Desembargadores integrantes da Segunda Câmara Cível do egrégio Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, à unanimidade, em conhecer do agravo mas negar-lhe provimento, na conformidade do voto do relator.

Fortaleza, 06 de abril de 2011.

RELATÓRIO

Cuida-se de agravo de instrumento com pedido de efeito suspensivo ajuizado contra decisão proferida pelo MM Juiz da 6ª Vara da Fazenda Pública desta

comarca que, na ação ordinária nº 121022-34.2010.8.06.0001/0, concedeu a antecipação de tutela ordenando o fornecimento, pelo Estado do Ceará e pelo Município de Fortaleza, do medicamento HERCEPTIN, pelo período determinado em prescrição da médica que assiste à agravada.

O agravante pretende ver modificado o *decisum,* alegando, em síntese, que na presente demanda a legitimidade é exclusiva da União, por se tratar de tratamento oncológico, e que com a criação dos Centros de Alta Complexidade em Oncologia, através da Portaria nº 3.535/GM de 02 de setembro de 1998, sob a coordenação técnica do Instituto Nacional do Câncer – INCA, todo e qualquer tipo de tratamento desta natureza é responsabilidade da União Federal, não possuindo o Estado do Ceará legitimidade para figurar no pólo passivo dos autos.

Requer a concessão da suspensividade em face da existência dos requisitos autorizadores, a saber, o *periculum in mora* e o *fumus boni iuris* e, no mérito, provimento do presente recurso para reformar a decisão agravada.

Às fls. 59 e verso decidi negar o postulado efeito suspensivo.

Contraminuta às fls. 64/70; as informações não foram apresentadas porquanto não houve requisição relatorial.

Parecer da d. PGJ às fls. 73/79 opinando pelo improvimento do agravo.

É o relatório.

VOTO

Recurso cabível e tempestivo.

Inicialmente, resta afirmar que os requisitos necessários ao manejo do agravo, na modalidade instrumental, encontram-se presentes, motivo pelo qual conheço da irresignação.

A concessão da antecipação dos efeitos da tutela jurisdicional depende da observância dos pressupostos constantes do artigo 273 do Código de Processo Civil, quais sejam a existência de prova inequívoca, a verossimilhança da alegação e o fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação.

No caso em análise, tais requisitos encontram-se presentes ante o direito inalienável à vida e à saúde, dispostos nos artigos 5º, *caput,* 6º, *caput*, e 196, todos da Constituição Federal em cotejo com a necessidade de administração dos medicamentos em favor do recorrido e postulados na lide principal, cuja demora ou negativa judicial de concessão da tutela antecipada e do julgamento do mérito pode importar em dano irreparável aos direitos fundamentais inicialmente suscitados.

Veja-se que em relação à relevância do pedido as Cortes Constitucional e Infraconstitucional possuem o seguinte entendimento:

> AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS A PACIENTE HIPOSSUFICIENTE. OBRIGAÇÃO DO ESTADO. SÚMULA N. 636 DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL.

1. Paciente carente de recursos indispensáveis à aquisição dos medicamentos de que necessita. Obrigação do Estado de fornecê-los. Precedentes.
2. Incidência da Súmula n. 636 do STF: "não cabe recurso extraordinário por contrariedade ao princípio constitucional da legalidade, quando a sua verificação pressuponha rever a interpretação dada a normas infraconstitucionais pela decisão recorrida".
3. Agravo regimental a que se nega provimento. (AI 616551 AgR, Relator Min. EROS GRAU, Segunda Turma, julgado em 23/10/2007, DJe-152 DIVULG 29-11-2007 PUBLIC 30-11-2007 DJ 30-11-2007 PP-00092 EMENT VOL-02301-15 PP-03120)

PACIENTES COM ESQUIZOFRENIA PARANÓIDE E DOENÇA MANÍACO-DEPRESSIVA CRÔNICA, COM EPISÓDIOS DE TENTATIVA DE SUICÍDIO - PESSOAS DESTITUÍDAS DE RECURSOS FINANCEIROS - DIREITO À VIDA E À SAÚDE - NECESSIDADE IMPERIOSA DE SE PRESERVAR, POR RAZÕES DE CARÁTER ÉTICO-JURÍDICO, A INTEGRIDADE DESSE DIREITO ESSENCIAL - FORNECIMENTO GRATUITO DE MEDICAMENTOS INDISPENSÁVEIS EM FAVOR DE PESSOAS CARENTES - DEVER CONSTITUCIONAL DO ESTADO (CF, ARTS. 5º, "CAPUT", E 196) - PRECEDENTES (STF) - ABUSO DO DIREITO DE RECORRER - IMPOSIÇÃO DE MULTA - RECURSO DE AGRAVO IMPROVIDO. O DIREITO À SAÚDE REPRESENTA CONSEQÜÊNCIA CONSTITUCIONAL INDISSOCIÁVEL DO DIREITO À VIDA. - O direito público subjetivo à saúde representa prerrogativa jurídica indisponível assegurada à generalidade das pessoas pela própria Constituição da República (art. 196). Traduz bem jurídico constitucionalmente tutelado, por cuja integridade deve velar, de maneira responsável, o Poder Público, a quem incumbe formular - e implementar - políticas sociais e econômicas idôneas que visem a garantir, aos cidadãos, o acesso universal e igualitário à assistência farmacêutica e médico-hospitalar. - O direito à saúde - além de qualificar-se como direito fundamental que assiste a todas as pessoas - representa conseqüência constitucional indissociável do direito à vida. O Poder Público, qualquer que seja a esfera institucional de sua atuação no plano da organização federativa brasileira, não pode mostrar-se indiferente ao problema da saúde da população, sob pena de incidir, ainda que por censurável omissão, em grave comportamento inconstitucional. A INTERPRETAÇÃO DA NORMA PROGRAMÁTICA NÃO PODE TRANSFORMÁ-LA EM PROMESSA CONSTITUCIONAL INCONSEQÜENTE. - O caráter programático da regra inscrita no art. 196 da Carta Política - que tem por destinatários todos os entes políticos que compõem, no plano institucional, a organização federativa do Estado brasileiro - não pode converter-se em promessa constitucional inconseqüente, sob pena de o Poder Público, fraudando justas expectativas

nele depositadas pela coletividade, substituir, de maneira ilegítima, o cumprimento de seu impostergável dever, por um gesto irresponsável de infidelidade governamental ao que determina a própria Lei Fundamental do Estado. DISTRIBUIÇÃO GRATUITA, A PESSOAS CARENTES, DE MEDICAMENTOS ESSENCIAIS À PRESERVAÇÃO DE SUA VIDA E/OU DE SUA SAÚDE: UM DEVER CONSTITUCIONAL QUE O ESTADO NÃO PODE DEIXAR DE CUMPRIR. - O reconhecimento judicial da validade jurídica de programas de distribuição gratuita de medicamentos a pessoas carentes dá efetividade a preceitos fundamentais da Constituição da República (arts. 5º, "caput", e 196) e representa, na concreção do seu alcance, um gesto reverente e solidário de apreço à vida e à saúde das pessoas, especialmente daquelas que nada têm e nada possuem, a não ser a consciência de sua própria humanidade e de sua essencial dignidade. Precedentes do STF. MULTA E EXERCÍCIO ABUSIVO DO DIREITO DE RECORRER. - O abuso do direito de recorrer - por qualificar-se como prática incompatível com o postulado ético-jurídico da lealdade processual - constitui ato de litigância maliciosa repelido pelo ordenamento positivo, especialmente nos casos em que a parte interpõe recurso com intuito evidentemente protelatório, hipótese em que se legitima a imposição de multa. A multa a que se refere o art. 557, § 2º, do CPC possui função inibitória, pois visa a impedir o exercício abusivo do direito de recorrer e a obstar a indevida utilização do processo como instrumento de retardamento da solução jurisdicional do conflito de interesses. Precedentes. (RE 393175 AgR, Relator Min. CELSO DE MELLO, Segunda Turma, julgado em 12/12/2006, DJ 02-02-2007 PP-00140 EMENT VOL-02262-08 PP-01524)

PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. AGRAVO REGIMENTAL. ART. 544 DO CPC. RECURSO ESPECIAL. SUS. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS NECESSÁRIOS PARA O TRATAMENTO DE ANGIOPLASTIA BILATERAL. ARTIGO 196 DA CF/88. DIREITO À VIDA E À SAÚDE. DEVER DO ESTADO. LEGITIMIDADE PASSIVA. AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER. ANTECIPAÇÃO DE TUTELA. REQUISITOS LEGAIS. PREENCHIMENTO. REEXAME PROBATÓRIO. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 07/STJ.

1. O Sistema Único de Saúde-SUS visa a integralidade da assistência à saúde, seja individual ou coletiva, devendo atender aos que dela necessitem em qualquer grau de complexidade, de modo que, restando comprovado o acometimento do indivíduo ou de um grupo por determinada moléstia, necessitando de medicamento para debelá-la, este deve ser fornecido, de modo a atender ao princípio maior, que é a garantia à vida digna.

2. Ação objetivando a condenação da entidade pública ao fornecimento gratuito dos medicamentos necessários ao tratamento de Angioplastia Bilateral.

3. O direito à saúde é assegurado a todos e dever do Estado, por isso que

legítima a pretensão quando configurada a necessidade do recorrido.
4. O Estado, o Distrito Federal e o Município são partes legítimas para figurar no pólo passivo nas demandas cuja pretensão é o fornecimento de medicamentos imprescindíveis à saúde de pessoa carente, podendo a ação ser proposta em face de quaisquer deles. Precedentes: REsp 878080 / SC; Segunda Turma; DJ 20.11.2006 p. 296; REsp 772264 / RJ; Segunda Turma; DJ 09.05.2006 p. 207; REsp 656979 / RS, DJ 07.03.2005.
5. Assentado o acórdão recorrido acerca da necessidade dos medicamentos pleiteados na inicial, não cabe ao STJ conhecer do recurso. As questões que levam à nova incursão pelos elementos probatórios da causa são inapreciáveis em sede de recurso especial, consoante previsto na Súmula 7/STJ.
6. O exame do preenchimento dos pressupostos para a concessão da tutela antecipada previstos no artigo 273, deve ser aferido pelo juiz natural, sendo defeso ao STJ o reexame desse pressuposto de admissibilidade, em face do óbice contido na súmula 07/STJ.
7. Precedentes jurisprudenciais: (REsp 505729/RS, Ministro Relator Felix Fischer, 5ª Turma, DJU 23/06/2003; REsp 190686/PR, Ministro Relator Franciulli Netto, 2ª turma, DJU 23/06/2003;MC 2615/PE, Ministro Relator Francisco Falcão, 1ª Turma, DJU 19/08/2002; AGA 396736/MG, Ministro Relator Felix Fischer, 5ª Turma, DJU 25/02/2002; REsp 373775/RS, Ministro Relator Fernando Gonçalves, 6ª Turma, DJU 01/07/2002; REsp 165339/MS, Ministro Relator Jorge Scartezzini, 5ª Turma, DJU 05/03/2001; AGA 199217/SP, Ministro Relator Luiz Vicente Cernicchiaro, 6ª Turma, DJU 17/02/1999).
8. Agravo regimental desprovido. (AgRg no Ag 1044354/RS, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA TURMA, DJe 03/11/2008)

Não há se falar que falece responsabilidade ao Estado do Ceará para o fornecimento do medicamento na intensidade prescrita nos receituários médicos que instruem a inicial, pois se trata de competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, cuidar da saúde e assistência pública, da proteção e garantia das pessoas portadoras de deficiência, segundo previsto no art. 23, II, da CF/1988.

Presentes a verossimilhança do direito e o receio de dano irreparável à saúde do autor, mitigando-se a irreversibilidade do provimento jurisdicional por se tratar do direito constitucional à vida e à saúde (artigos 5º, *caput,* 6º, *caput*, e 196).

Ex positis, em harmonia com a douta promoção do Ministério Público de segundo grau, conheço do agravo, todavia para desprovê-lo.

É como voto.

Fortaleza, 06 de abril de 2011.

PROCESSO Nº 46225-90.2010.8.06.0000/0.
AGRAVO DE INSTRUMENTO.
AGRAVANTE: C R C F.
AGRAVADA: N P P.
RELATOR: DESEMBARGADOR FERNANDO LUIZ XIMENES ROCHA.

EMENTA: PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. INTERPOSIÇÃO DE EMBARGOS DE DECLARAÇÃO E DE AGRAVO DE INSTRUMENTO. INADMISSIBILIDADE. PRINCÍPIO DA UNIRRECORRIBILIDADE. PRECEDENTES DO STJ E DESTE TJCE. RECURSO NÃO CONHECIDO.

1. Inviável a interposição de embargos de declaração e, logo em seguida, de agravo de instrumento contra o mesmo decisório.

2. Ante a preclusão consumativa e o princípio da unirrecorribilidade, não se permite - salvo nos casos expressos em lei, como. *v.g.*, nas decisões que comportam recurso especial e extraordinário - a interposição simultânea de dois recursos para atacar a mesma decisão, inviabilizando o não conhecimento do último manejado. Precedente específico deste e. TJCE (Agravo de Instrumento nº 26128-40.2008.8.06.0000/0, 3ª Câmara Cível, Relator Desembargador ANTÔNIO ABELARDO BENEVIDES MORAES, DJ 28.08.2009).

3. Agravo de instrumento não conhecido.

ACÓRDÃO

Acordam os integrantes da Primeira Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, por julgamento de Turma, unanimemente, em não conhecer do agravo de instrumento, nos termos do voto do Relator.

Fortaleza, 6 de julho de 2011.

RELATÓRIO

Trata-se de agravo de instrumento, com pedido de efeito suspensivo, interposto por C R C F em desfavor de N P P, em face de decisão proferida pelo Juízo de Direito da 7ª Vara de Família da Comarca de Fortaleza nos autos do cumprimento de sentença registrado sob nº 4370-31.2010.8.06.0001/0.

O ato judicial impugnado consiste em determinação para que o agravante cumpra a avença celebrada com a recorrida em sede de ação de separação judicial de nº 2008.0006.4184-3, sob pena de multa diária de R$600,00 (seiscentos reais) (fls. 51 e 151).

Assevera o recorrente haver apresentado embargos de declaração contra o aludido decisório, que sustenta ser omisso e carente de fundamentação. Acrescenta que, por equívoco, a petição dos aclaratórios foi protocolada um dia após o prazo final, razão pela qual se viu na necessidade de lançar mão do presente agravo de instrumento para preservar direito e evitar a preclusão da matéria.

Postula a concessão de efeito suspensivo a este recurso, a fim de que seja sustada a imposição de multa diária; ao final, requer seja conhecido e provido o agravo para anular a determinação de incidência de multa diária, assim como seja reconhecido o adimplemento integral das obrigações, ou a confirmação da satisfação total quanto à transferência do bem imóvel e, no tocante ao automóvel, sejam informados ao agravante quais os meios e formas pelos quais poderá comprovar o cumprimento da obrigação, tendo em vista que os obstáculos impostos pela agravada o impedem de fazê-lo.

À fl. 160, esta relatoria requisitou ao juiz da causa as informações pertinentes, determinou a intimação da parte agravada e, após, dispôs sobre a abertura de vistas à Procuradoria Geral de Justiça, tendo reservado a apreciação do pedido de liminar para empós ultimadas as referidas providências.

Contrarrazões às fls. 163-172, em que a recorrida, preliminarmente, aponta a ausência de documento obrigatório, exigido por força do art. 525, I, do Código de Processo Civil, qual seja, a certidão da intimação da decisão agravada. Pugna pelo não conhecimento do recurso, porquanto a cópia da página do Diário da Justiça anexada aos autos não constitui documento hábil para instruir o agravo de instrumento, conforme entendimento pacífico do Superior Tribunal de Justiça e demais Tribunais pátrios.

Em sede meritória refuta a argumentação suscitada pelo agravante e, por derradeiro, pede a denegação do efeito suspensivo. Porventura conhecido o recurso, pleiteia o desprovimento deste, mantendo-se *in totum* a decisão combatida, inclusive a multa aplicada, até a data da efetiva transferência dos bens.

Informações do juízo *a quo* prestadas à fl. 181.

A Procuradoria Geral de Justiça manifestou-se pelo não conhecimento do recurso e, no mérito, pelo desprovimento daquele (fls. 206-217).

Às fls. 223-230 consta petição do agravante em que é postulada a apreciação do pedido de suspensão do decisório combatido, haja vista que o juízo de 1º grau, em novo ato, determinou a intimação do executado para depositar o montante de R$ 63.000,00 (sessenta e três mil reais), no prazo de 10 (dez) dias, sob as penas da lei. Acrescenta o peticionante que a decisão na qual restou arbitrada multa diária tem natureza interlocutória, logo, a teor do art. 475-N do Código de Processo Civil, não constitui título executivo, motivo pelo qual não é passível de execução provisória.

É o relatório.

Sem revisão (art. 34, §3º, do RITJCE). Designo a primeira Sessão desimpedida para julgamento.

VOTO

Em detida análise dos autos, verifica-se que o agravo de instrumento ora sob exame não ultrapassa o juízo de admissibilidade recursal.

Nosso sistema recursal, assim como a doutrina nacional, elenca como um de seus princípios basilares a unirrecorribilidade, também denominada singularidade ou unicidade. Assim, para cada cada espécie de decisão corresponde um tipo de recurso, não sendo admissível a interposição simultânea de dois recursos contra um mesmo ato judicial, salvo expressa previsão legal em contrário.

Sobre o tema, cumpre trazer à baila o magistério de Luiz Fux:

> [...] A adequação do recurso à decisão obedece ao *princípio da unirrecorribilidade* ou *unicidade de recursos*, o que implica dizer que não há, em regra, para cada decisão judicial, vários recursos interponíveis, tampouco possibilidade de interposição simultânea de vários recursos contra a mesma decisão judicial. O nosso sistema, em regra, veda a *simultaneidade* e privilegia a sucessividade recursal.(cf. *Curso de direito processual civil*. 4ª ed. Vol. I. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2008, p. 725-726)

Compulsando-se o caderno processual, constata-se que, em face da decisão interlocutória de fl. 67, o ora agravante opôs embargos de declaração às fls. 68-76, em 24.08.2010, e na pendência de seu julgamento manejou novo recurso, qual seja, o presente agravo de instrumento, na data de 26.08.2010 (fls. 02-14), em que consignou textualmente: *"Ocorre que, por equívoco do emissário, a petição de Embargos de Declaração foi protocolada um dia após o prazo final, razão pela qual o Agravante se viu na necessidade de apresentar o presente recurso para preservar direito e evitar preclusão da matéria"* (fl. 06).

Dessarte, a interposição de dois recursos contra um mesmo decisório é inadmissível, pelo que a segunda espécie recursal oposta, *in casu*, o agravo de instrumento, não pode ser conhecida, em decorrência tanto do princípio da unirrecorribilidade como da ocorrência da preclusão consumativa.

Na mesma esteira, o ensinamento de Rui Portanova:

> No sistema brasileiro não há possibilidade de ser interposto mais de um recurso contra a mesma decisão. A mesma questão não pode ser objeto de mais de um recurso simultaneamente. (PORTANOVA, Rui. *Princípios no processo civil*. 4ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 271).

Este e. Tribunal de Justiça segue o mesmo entendimento acima esposado:

> PROCESSUAL CIVIL. APELAÇÃO. APRESENTAÇÃO NA PENDÊNCIA DE JULGAMENTO DE EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. PRECLUSÃO CONSUMATIVA E INTEMPESTIVIDADE. NÃO CONHECIMENTO.
> 1. Ante o princípio da unirrecorribilidade, não cabe à mesma parte ajuizar embargos de declaração e, antes de estes serem julgados, recurso apelatório, sob pena de incidir o fenômeno da preclusão consumativa.
> 2. Achando-se pendente o julgamento dos aclaratórios, é inoportuna a interposição de apelação, sem a ratificação posterior dos seus termos, uma vez que não houve o necessário exaurimento da instância.
> 3. Apelação não conhecida. (TJCE, 1ª Câmara Cível, Apelação Cível nº 30686-31.2003.8.06.0000/0, Relator Desembargador FERNANDO LUIZ XIMENES ROCHA, DJe 23.07.2010, destaquei)
>
> DIREITO PROCESSUAL CIVIL. INTERPOSIÇÃO SIMULTÂNEA, EM PEÇAS DISTINTAS, DE EMBARGOS DE DECLARAÇÃO E AGRAVO REGIMENTAL. MESMO OBJETO. AFRONTA AO PRINCÍPIO DA UNIRRECORRIBILIDADE. PRECLUSÃO CONSUMATIVA CONFIGURADA EM RELAÇÃO AO SEGUNDO RECURSO (EMBARGOS DECLARATÓRIOS). RECURSO NÃO CONHECIDO.
> 1. Subsiste em nosso sistema processual civil o Princípio da Unirrecorribilidade, também denominado da unicidade do recurso, ou da singularidade. Esse princípio consagra a premissa de que cada decisão comporta uma única espécie de recurso.
> 2.Em face da simultaneidade dos recursos e da similitude de seus fundamentos, o direito de recorrer da parte embargante se exauriu com a interposição do primeiro (agravo regimental), que será devidamente analisado.
> 3. O advento do segundo recurso (embargos de declaração), enseja não só na desobediência ao princípio da unicidade recursal, mas também na ocorrência da preclusão consumativa. 4. Embargos declaratórios não conhecidos. (TJCE, Pleno, Embargos de Declaração nº 7369-28.2008.8.06.0000/1, Relator Desembargador ERNANI BARREIRA PORTO, DJ 17.05.2010, destaquei)

Em situação idêntica à coligida nos presentes autos, pertinente à interposição de embargos e, logo depois, de agravo de instrumento, cito o seguinte excerto desta e. Corte estadual:

> DECISÃO. AGRAVO DE INSTRUMENTO E EMBARGOS DECLARATÓRIOS. RECURSOS SIMULTÂNEOS. OFENSA AO PRINCÍPIO DA UNIRRECORRIBILIDADE. INADMITE-SE O ÚLTIMO RECURSO INTERPOSTO. AGRAVO NÃO CONHECIDO.
> 1. Ante a preclusão consumativa e o princípio da unirrecorribilidade não se permite - salvo nos casos expressos em lei, como. *v.g.*, nas decisões que comportam recurso especial e extraordinário - a interposição simultânea de dois recursos para atacar a mesma decisão, inviabilizando o não conhecimento do último manejado.
> 2. Recurso não conhecido. (TJCE, 3ª Câmara Cível, Agravo de Instrumento nº 26128-40.2008.8.06.0000/0, Relator Desembargador ANTÔNIO ABELARDO BENEVIDES MORAES, DJ 28.08.2009)

Não discrepa o c. Superior Tribunal de Justiça. Veja-se:

> AGRAVO DE INSTRUMENTO. APRESENTAÇÃO SIMULTÂNEA DE EMBARGOS DE DECLARAÇÃO E DE AGRAVO REGIMENTAL. IMPOSSIBILIDADE. PRECLUSÃO CONSUMATIVA. PRINCÍPIO DA UNIRRECORRIBILIDADE. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. OMISSÃO. ACOLHIMENTO.
> 1. Interpostos dois recursos pela mesma parte contra a mesma decisão, não se conhece daquele apresentado em segundo lugar, por força do princípio da unirrecorribilidade e em razão da preclusão consumativa.
> 2. Os embargos de declaração são cabíveis quando o provimento jurisdicional padece de omissão, contradição ou obscuridade, bem como quando há erro material a ser sanado.
> 3. Agravo regimental não conhecido e embargos declaratórios acolhidos sem efeitos infringentes. (STJ, 4ª Turma, EDcl no Ag 1365788/RS, Relator Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, DJe 04.05.2011, destaquei)

> AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. PRINCÍPIO DA UNIRRECORRIBILIDADE. ASSALTO A BANCO. MORTE. RESPONSABILIDADE CIVIL. RISCO DA ATIVIDADE ECONÔMICA. DANO MORAL. VALOR.
> 1. Conforme a jurisprudência consolidada no âmbito desta Corte, a interposição de dois recursos pela mesma parte contra a mesma decisão impede o conhecimento do segundo recurso interposto, haja vista a preclusão consumativa e a observância ao princípio da unirrecorribilidade das decisões. Precedentes.
> 2. A jurisprudência do STJ tem entendido que, tendo em conta a natureza específica da empresa explorada pelas instituições financeiras, não se admite, em regra, o furto ou o roubo como causas excludentes do dever de indenizar, considerando-se que este tipo de evento caracteriza-se como risco inerente à atividade econômica desenvolvida. Precedentes.

> 3. Agravo regimental não provido. (STJ, 4ª Turma, AgRg no Ag 997929/BA, Relatora Ministra MARIA ISABEL GALLOTTI, DJe 28.04.2011, destaquei)
>
> EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. RECURSO ESPECIAL. OPOSIÇÃO SIMULTÂNEA À INTERPOSIÇÃO DE AGRAVO REGIMENTAL. IMPOSSIBILIDADE. PRECLUSÃO CONSUMATIVA. PRINCÍPIO DA UNIRRECORRIBILIDADE.
> 1. "Em virtude do princípio da unirrecorribilidade, também conhecido como da singularidade ou da unicidade do recurso, não se admite a interposição simultânea de agravo regimental e de embargos de declaração pela mesma parte e em face do mesmo decisório, caso em que se imporá o reconhecimento da preclusão consumativa em relação ao recurso posteriormente interposto" (EDcl no CC 92.044/RJ, Rel. Min. MASSAMI UYEDA, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 25/03/2009, DJe 06/04/2009).
> 2. Embargos de declaração não conhecidos. (STJ, 3ª turma, EDcl no REsp 924508/RS, Relator Ministro PAULO DE TARSO SANSEVERINO, DJe 09.12.2010)
>
> PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO RECEBIDOS COMO AGRAVO REGIMENTAL. CONFLITO DE COMPETÊNCIA. INADMISSIBILIDADE. FALTA DE PREVISÃO LEGAL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO PENDENTES. UNIRRECORRIBILIDADE. NÃO CONHECIMENTO.
> I. Nos termos dos artigos 557, § 1º, do CPC, e 258, do RISTJ, somente é cabível agravo regimental de decisão monocrática.
> II. Fere o princípio da singularidade recursal a interposição de recurso pela parte na pendência de julgamento de outro, anteriormente interposto, condicionada a interposição de novos recursos ao prévio recolhimento da penalidade.
> III. Agravo regimental não conhecido. (STJ, 2ª Seção, AgRg no AgRg no CC 105664/RJ, Relator Ministro ALDIR PASSARINHO JUNIOR, DJe 27.11.2009, destaquei)

Com idêntica orientação: AgRg no REsp 588766/RS, Relator Ministro PAULO DE TARSO SANSEVERINO, DJe 06/10/2010; EDcl no AgRg no REsp 1127348/DF, Relator Ministro SIDNEI BENETI, Terceira Turma, DJe 01/07/2010; AgRg nos EDcl no CC 105696/RJ, Relator Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, Segunda Seção, DJe 02/10/2010; AgRg no AgRg no REsp 1010933/RS, Relator Ministro PAULO FURTADO (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/BA), Terceira Turma, DJe 01/10/2009.

Sob tais fundamentos, não conheço do agravo de instrumento.

É como voto.

AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº. 6318-50.2006.8.06.0000/0 DE FORTALEZA
AGRAVANTE: MARIA CLOTILDE LOPES ARAÚJO
AGRAVADO: ESTADO DO CEARÁ
RELATOR: DES. RÔMULO MOREIRA DE DEUS

EMENTA: AGRAVO DE INSTRUMENTO. DIREITO ADMINISTRATIVO E CONSTITUCIONAL. SERVIDOR PÚBLICO. APOSENTADORIA POR INVALIDEZ. PROVENTOS INTEGRAIS. SUPRESSÃO INDEVIDA DE GRATIFICAÇÕES RECEBIDAS NA ATIVIDADE. ANTECIPAÇÃO DE TUTELA EM DESFAVOR DA FAZENDA PÚBLICA. POSSIBILIDADE.
1. Conforme tem decidido reiteradamente o STJ, bem como esta Corte de Justiça, as vedações da Lei n. 9.494/97, relativas às antecipações de tutela que tenham por objeto a reclassificação, a concessão de aumentos ou a extensão de vantagens a servidores públicos, não são aplicáveis quando se trata de pedido de restabelecimento de parcela remuneratória indevidamente suprimida, como é o caso dos autos.
2. Nos termos do art. 40, §§ 3° e 8º, da CF, com a redação dada pela Emenda Constitucional nº 20/98, aplicável à espécie, os proventos dos inativos devem corresponder à totalidade do que perceberia o servidor se estivesse em atividade, conforme já restou sumulado por este Tribunal (Súmula 23).
3. Agravo conhecido e provido, para determinar, em antecipação de tutela, que o Agravado reimplante as gratificações de risco de vida e desempenho, indevidamente suprimidas dos proventos de aposentadoria da Recorrente.
4. Unanimidade.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acorda a Turma Julgadora da Terceira Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, por deliberação unânime, em conhecer do Agravo de Instrumento para dar-lhe provimento, nos termos do voto do Relator.

Fortaleza, 2 de maio de 2011.

RELATÓRIO

Trata-se de Agravo de Instrumento interposto por MARIA CLOTILDE LOPES ARAÚJO, servidora pública estadual, aposentada por invalidez no cargo de médica, adversando a decisão do Juiz da 3ª Vara da Fazenda Pública que, em sede de

ação ordinária por ela manejada, indeferiu pedido de antecipação de tutela no sentido de que o ESTADO DO CEARÁ reimplantasse em seus proventos as gratificações de desempenho e de risco de vida que recebeu por mais de dez anos, mas foram retiradas no ato de sua aposentadoria.

Alega a Agravante, em síntese, que, nos termos do art. 40 da Constituição Federal, tem o direito a continuar percebendo, mesmo na inatividade, as referidas gratificações e, ainda, que a demora no deferimento de seu pleito poderá acarretar-lhe sérios prejuízos, por tratarem-se de verbas de caráter alimentar.

Em contrarrazões (f. 66-74), aduz o Estado do Ceará a impossibilidade de concessão da tutela antecipada requerida em face da vedação contida na Lei 9.494/97, bem como que, no caso, não se encontra presente a verossimilhança das alegações autorais, por entender não ser possível a incorporação pelos inativos de gratificações próprias da atividade.

O presente Agravo foi originariamente distribuído ao Des. Ernani Barreira Porto (f. 60) e, depois de passar pelas relatorias da Desa. Lúcia Maria do Nascimento Bitu (f. 76) e do Des. José Arísio Lopes da Costa (f. 79), foi a mim redistribuído em 05.02.2009 (f. 88).

Parecer da Procuradoria Geral da Justiça pelo provimento do recurso (f. 81-85).

É o relatório.

VOTO

O Agravo merece provimento.

Inicialmente, tenho que não procede a alegativa do Agravado concernente à impossibilidade de concessão da tutela antecipada requerida, em face da proibição contida na Lei 9.494/97, relativamente a pretensões que tenham por objeto a reclassificação, a concessão de aumentos ou a extensão de vantagens a servidores públicos.

Isso porque, conforme tem decidido reiteradamente o STJ, bem como esta Corte de Justiça, as vedações das Leis 4.348/64, 5.021/66, 8.437/92 e 9.494/97 não são aplicáveis quando se trata de pedido de restabelecimento de parcela remuneratória suprimida, como é o caso dos autos.

Na diretiva, os seguintes julgados, transcritos no que interessa:

> "[...] A vedação à concessão de tutela antecipada contra a Fazenda Pública, nos moldes do disposto no art. 1º da Lei 9.494/97, não se aplica à hipótese de restabelecimento de parcela remuneratória ilegalmente suprimida, como na espécie. Precedente do STJ [...]" (AgRg no Ag 1127574/RS, Rel. Ministro ARNALDO ESTEVES LIMA, QUINTA TURMA, julgado em 18/08/2009, DJe 14/09/2009)

> "[...]
> I - É possível a concessão de tutela antecipada contra a Fazenda Pública desde que a pretensão autoral não verse sobre reclassificação, equiparação,

> aumento ou extensão de vantagens pecuniárias de servidores públicos ou concessão de pagamento de vencimentos. Precedentes deste e. STJ.
> II - A antecipação de tutela, *in casu*, objetiva o restabelecimento de parcela remuneratória ilegalmente suprimida, não se enquadrando na vedação contida no art. 1º da Lei nº 9.494/97. Agravo regimental desprovido."(AgRg no REsp 945.775/DF, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 16/12/2008, DJe 16/02/2009)
>
> "[...]
> 1. De acordo com os preceitos das Leis nºs. 4.348/64, 5.021/66, 8.437/92 e 9.494/97 é vedada a concessão de tutela de urgência ou a execução provisória contra a Fazenda Pública que tenha por objeto a reclassificação, a concessão de aumentos ou a extensão de vantagens a servidores públicos.
> 2. No entanto, o Eg. Superior Tribunal de Justiça, em diversos precedentes, entende não ser aplicável tal restrição quando se trata de pedido relacionado ao restabelecimento de parcela remuneratória ilegalmente suprimida, sendo, nessas hipóteses, possível a concessão de tutela antecipada contra a Fazenda Pública, porquanto o servidor público não pode ser prejudicado pelo um ato ilegal praticado pela Administração [...]" (Agravo de Instrumento 3236352201080600000, Des. FRANCISCO BARBOSA FILHO, 5ª Câmara Cível, julgado em 04.8.2010)

Afastado, assim, o óbice legal colocado pelo Recorrido, passo ao exame da pretensão recursal.

Ressalto inicialmente que o exame do presente recurso está adstrito à verificação do atendimento dos requisitos genéricos e específicos para a concessão da tutela antecipada pretendida pela Agravante, previstos no art. 273 do CPC, mas negada pelo Juiz *a quo*.

Nessa perspectiva, vislumbro, na espécie, a possibilidade de ocorrência de lesão irreparável ou de incerta reparação ao direito da Agravante, caso venha a obter êxito ao final, em face do prejuízo financeiro de difícil e incerta reparação que poderá lhe advir, decorrente da subtração de verbas de caráter alimentar dos seus proventos.

No que tange à prova inequívoca, verifico que a Agravante foi aposentada por invalidez, no cargo de médica, com proventos integrais, nos termos do art. 40, §1º, I, da CF, com a redação dada pela Emenda Constitucional nº 20/98, e do art. 154 da Lei 9.826/74 (Estatuto dos Funcionários Públicos Civis do Estado do Ceará), em ato datado de 4 de julho de 2005 e publicado no DOE de 15.7.2005, no valor total de R$ 1.079,84. (f. 31)

Constato, ainda, examinando os extratos de pagamento de f. 32 e 33, que realmente foram excluídas dos proventos da Recorrente as gratificações de risco de vida e de desempenho que percebida quando em atividade.

Assim, devidamente comprovados os fatos narrados pela Agravante, resta apenas perquirir se tal constatação conduz à verossimilhança das alegações autorais, requisito essencial para a concessão da antecipação de tutela, nos termos do art. 273 do CPC.

Conforme já restou sumulado por este Tribunal (Enunciado n. 23), tratando-se de aposentação sob a égide do art. 40 da CF/88, com a redação dada pela Emenda Constitucional nº 20/98, conforme restou expressamente consignado no respectivo ato de aposentação, os proventos dos inativos devem corresponder à totalidade do que perceberia o servidor se na ativa estivesse.

Seguindo a mesma trilha, a posição da 2ª Câmara Cível desta Corte, em caso análogo:

> "DIREITO ADMINISTRATIVO E CONSTITUCIONAL. SERVIDOR PÚBLICO. APOSENTADORIA POR INVALIDEZ. PROVENTOS. EQUIVALÊNCIA. APLICAÇÃO DA NORMATIZAÇÃO VIGENTE À DATA DO JUBILAMENTO. SÚMULA Nº 359 DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. INTELIGÊNCIA DO ART. 40, §§ 1º, INC. I, 2º E 3º DA CF/88, CONSOANTE REDAÇÃO ANTERIOR À PROMULGAÇÃO DA EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 40/2003. PRECEDENTES.
> I - A redação do parágrafo 3º do art. 40 da Carta de Princípios, na redação vigente à data da aposentadoria por invalidez da impetrante, *ex vi* da Súmula nº 359 do Supremo Tribunal Federal, dispunha que "os proventos de aposentadoria, por ocasião de sua concessão, serão calculados com base na remuneração do servidor no cargo efetivo em que se der a aposentadoria e, na forma da lei, corresponderão à totalidade da remuneração".
> II - As gratificações incidentes nos vencimentos do autor, quando ainda estava na ativa, possuem nítido caráter de adicionais *ex facto officii* e que devem integrar os proventos de aposentadoria se, no momento da passagem para a inatividade, o servidor público estiver percebendo o adicional respectivo.
> III - Segundo Hely Lopes Meirelles, não "seria justo e jurídico que a Administração se beneficiasse durante todo o tempo de atividade do servidor com as vantagens da exclusividade de seu trabalho e de sua profissão e ao pô-lo em disponibilidade, ou ao conceder-lhe a aposentadoria, passasse a desconhecer o regime especial em que trabalhou". (*In*: Direito Administrativo Brasileiro, Malheiros Editores, 32ª edição, 2006, pg. 490).
> REEXAME NECESSÁRIO E APELAÇÃO CÍVEL CONHECIDOS, TODAVIA IMPROVIDOS. (Apelação Cível 74465744200080600011, Des. JOSÉ CLÁUDIO NOGUEIRA CARNEIRO, 2ª Câmara Cível, julgado em 13.12.2006)

Desse modo, verificando existir nos autos prova consistente que conduz à verossimilhança das alegações recursais, conheço do presente Agravo de Instrumento, por oportuno, e lhe dou provimento, para determinar, em antecipação de tutela, que o Agravado reimplante as gratificações de desempenho e de risco de vida indevidamente suprimidas dos proventos de aposentadoria da Recorrente.

Fortaleza, 2 de maio de 2011.

PROCESSO Nº: 6756-37.2010.8.06.0000/0
TIPO: AGRAVO DE INSTRUMENTO C/ PEDIDO DE EFEITO SUSPENSIVO
COMARCA: FORTALEZA
AGRAVANTE: INSTITUTO DE SAÚDE DOS SERVIDORES DO ESTADO DO CEARÁ
AGRAVADOS: FÁTIMA ELIANE LEITE E JOSÉ ITAMAR RAMOS BARROS
RELATOR: DES. FRANCISCO AURICÉLIO PONTES

EMENTA: AGRAVO DE INSTRUMENTO - ANTECIPAÇÃO DE TUTELA - CONSTITUCIONAL - ADMINISTRATIVO - INCLUSÃO DO CÔNJUGE DE SERVIDORA PÚBLICA PERANTE O ROL DE DEPENDENTES DO ÓRGÃO PREVIDENCIÁRIO - POSSIBILIDADE - APLICAÇÃO, EM CONCRETO, DO PRINCÍPIO DA ISONOMIA - DECISÃO DE ORIGEM CONFIRMADA - RECURSO CONHECIDO, MAS DESPROVIDO.

I - De acordo com os precedentes desta Corte é correta a medida concedida, em sede de antecipação de tutela, quando a matéria de fundo diz respeito à inclusão de cônjuge de servidora pública, nos quadros dos dependentes do órgão previdenciário.

II - Em outros termos, a decisão judicial que garante ao cônjuge de servidor público sua inclusão no orgão previdenciário não afronta qualquer dispositivo legal, mas somente aplica, no caso concreto, o princípio da isonomia.

III - Em conformidade com a Douta Procuradoria Geral de Justiça, conheço o recurso de agravo de instrumento, mas para negar-lhe provimento.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de agravo de instrumento com pedido de efeito suspensivo de nº 6756-37.2010.8.06.0000/0, em que são partes as retro indicadas.

Acordam, por votação unânime, os excelentíssimos senhores Desembargadores que compõem a 2ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, em conhecer do presente recurso, mas para negar-lhe provimento, nos termos do voto do relator.

RELATÓRIO

Trata-se de agravo de instrumento com pedido de efeito suspensivo interposto pelo Instituto de Saúde dos Servidores do Estado do Ceará contra decisão proferida pelo MM. Juiz de Direito da 2ª Vara da Fazenda Pública da Comarca de Fortaleza nos autos da ação ordinária com pedido de antecipação de tutela de nº 2717-91.2010.8.06.0001/0 proposta por Fátima Eliane Leite e José Itamar Ramos Barros.

O magistrado "a quo" ao decidir o pleito antecipatório, às fls. 15/18, concedeu a medida perseguida para determinar que a autarquia Estatal proceda a inscrição do cônjuge da autora, Sr. José Itamar Ramos Barros, como seu dependente, com todos os benefícios decorrentes, até ulterior deliberação daquele juízo.

Irresignado com o "decisum" monocrático, o suplicado, ora recorrente, pleiteou, por esta via, a concessão de efeito suspensivo, a fim de que seja suspensa a mencionada inscrição, sob o argumento de que a lei estadual de nº 10.776/82, que rege a matéria, somente permite a inclusão de cônjuge de servidor na hipótese de invalidez e desde que comprovada a dependência econômica.

No mérito, suplicou pelo provimento, em definitivo, do presente recurso.

Examinando a suspensividade requestada, esta relatoria, mediante a decisão de fls. 26/27, indeferiu a tutela perquirida por considerar ausente a fumaça do bom direito.

Devidamente intimados para responder ao recurso, os agravados quedaram-se silentes, conforme certidão de fl. 31.

A Douta Procuradoria Geral de Justiça, por sua vez, opinou, às fls. 34/38, pelo improvimento do recurso.

Sobrevieram, em seguida, as informações, as quais foram prestadas, pelo magistrado singular, por meio do ofício de nº 195/2010 (fls. 45/46).

É o breve relatório.

VOTO

Compulsando os presentes autos, verifico, em exame inicial, que o presente recurso atende aos requisitos extrínsecos e intrínsecos de admissibilidade, razão pelo qual o conheço.

Em relação ao tema, a jurisprudência desta Corte, com fundamento em precedente do Pretório Excelso, tem entendimento firme no sentido de que, em se tratando de servidora pública estadual, é cabível a inscrição do respectivo cônjuge com o fito de usufruir os benefícios decorrentes, não sendo legal, portanto, a exigência da comprovação da invalidez ou da demonstração da dependência econômica.

A matéria abordada neste recurso já fora enfrentada por diversas oportunidades neste Tribunal, sendo inúmeros os precedentes que fixaram entendimento pela possibilidade da inclusão de esposo de servidora pública no rol dos dependentes do órgão previdenciária, em pleno atendimento ao princípio da isonomia, corrente

jurisprudencial ao qual me filio incondicionalmente.

Vejamos alguns arestos:

> "Ementa: AGRAVO DE INSTRUMENTO. DIREITO CONSTITUCIONAL. ISSEC. ESTADO DO CEARÁ. SUCESSÃO DE COMPETÊNCIA. INSCRIÇÃO DO CÔNJUGE VARÃO JUNTO AO ÓRGÃO PREVIDENCIÁRIO. ILEGALIDADE DA CONDIÇÃO DE INVÁLIDO PARA A PERCEPÇÃO DO BENEFÍCIO. DEPENDÊNCIA ECONÔMICA.
> 1. Passando o ESTADO DO CEARÁ, através do ISSEC e do SUPSEC, a gerir os benefícios da saúde e da previdência estadual, legitimado está à defesa dos interesses inerentes às referidas áreas de atuação. 2. O STF em caso análogo entende que não foi recepcionada pela Carta da República a exigência da Lei n.º 10.776/82, referente à comprovação de invalidez pelo cônjuge varão da servidora estadual, a fim de que possa fruir a condição de dependente, com os direitos securitários e previdenciários a ela inerentes. (RE 385.397-AgR, Rel. Min. Sepúlveda Pertence) 3. A dependência econômica tampouco poderá ser exigida, posto presumida, *ex vi* art. 6.º, do Decreto Estadual nº 25.821/2000. 4. Agravo conhecido, porém não provido." (TJCE - 2ª Câm. Cível - Rel. Des. Ademar Mendes Bezerra, Agravo de Instrumento de nº 8971-20.2009.8.06.0000/0)

> "AGRAVO DE INSTRUMENTO. DECISÃO DO JUIZ SINGULAR QUE CONCEDE A ANTECIPAÇÃO DOS EFEITOS DA TUTELA PARA DETERMINAR A INCLUSÃO DO CÔNJUGE DE SERVIDORA PÚBLICA ESTADUAL NO ROL DE DEPENDENTES DO ISSEC, RESPONSÁVEL PELA ASSISTÊNCIA À SAÚDE. POSSIBILIDADE. PRELIMINAR REJEITADA. LEI ESTADUAL Nº 10.776/82. INTERPRETAÇÃO À LUZ DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS. PRINCÍPIO DA ISONOMIA. AGRAVO CONHECIDO, MAS NÃO PROVIDO." (Agravo de Instrumento Nº 2007.0020.1982-3/0; 2ª Câmara Cível; Relª Desª Gizela Nunes da Costa; j. 07/05/2009)

No mesmo sentido, acosto didático aresto proferido pela 4ª Câmara Cível desta Corte, sob a relatoria do eminente Des. Lincoln Tavares Dantas, nos autos da Apelação de nº 59534-20.2006.8.06.0001, cuja ementa restou consignada, nos seguintes termos:

> "Ementa: CONSTITUCIONAL. PREVIDENCIÁRIO. APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO ORDINÁRIA. INSCRIÇÃO DE MARIDO COMO DEPENDENTE DE SERVIDORA PÚBLICA JUNTO AO ÓRGÃO

> PREVIDENCIÁRIO. VALIDADE. DECRETO ESTADUAL Nº 25.821/2000. SEGURIDADE E PREVIDÊNCIA SOCIAL. ARTS. 194 e 201, "V", DA CF/88. ENTENDIMENTO DOMINANTE DESTA CORTE DE JUSTIÇA. O Art. 194 da CF/88 define a seguridade social como um conjunto integrado de ações de iniciativa dos Poderes Públicos e da sociedade, destinado 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 auto-aplicabilidade do art. 201, V, da Augusta Carta, cuja norma resguarda a pensão por morte do segurado, homem ou mulher, ao cônjuge ou companheiro e dependentes, significa que o citado preceito constitucional detém eficácia plena e aplicabilidade imediata, não dependendo, pois, de norma infraconstitucional para surtir efeitos. A inscrição do marido de segurada como dependente não transgride qualquer norma constitucional e, atualmente, é amparada pelo que disciplinam os arts. 6º e 7º, do Decreto Estadual nº 25.821/2000, bem como pelo princípio isonômico estabelecido na Constituição Federal. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO."

Na realidade, em face da atual ordem constitucional, não mais se admite qualquer diferenciação entre homens e mulheres, sendo, portanto, todos titulares de direitos e obrigações em igualdade de condições, ressalvadas as hipóteses legais que visem assegurar o princípio da isonomia.

Assim, não se mostra razoável conceder determinado benefício em favor de cônjuge virago de servidor público estadual, e, ao mesmo tempo, atendidas as mesmas condições, negar o dito benefício ao cônjuge varão de servidora pública, somente em razão do sexo do interessado.

Não é demais lembrar que as leis são editadas com a finalidade maior de dar concretude aos preceitos estabelecidos no texto constitucional, de sorte que a exigência contida na Lei de n.º 10.776/82, referente à comprovação de invalidez pelo cônjuge varão da servidora estadual não encontra respaldo no ordenamento jurídico ao qual todos somos submetidos, porquanto em desatendimento ao princípio da isonomia.

Portanto, a decisão recorrida não viola princípios constitucionais, posto que, ao contrário, respeita o princípio da isonomia, dando-lhe plena eficácia, ao permitir que o marido de servidora pública segurada figure como dependente previdenciário, dispensando a ocorrência do estado de invalidez ou dependência econômica.

Diante do exposto, conheço o recurso, posto que presentes os requisitos de admissibilidade, mas para negar-lhe provimento, mantendo, portanto, a decisão exarada na origem.

É como voto, Senhor Presidente.

Fortaleza, 29 de junho de 2011.

PROCESSO Nº 955-77.2009.8.06.0000/1.
AGRAVO DE INSTRUMENTO.
AGRAVANTE: ESTADO DO CEARÁ.
AGRAVADO: FRANCISCO ANTÔNIO MARTINS NOGUEIRA.
RELATORA: MARIA VILAUBA FAUSTO LOPES, JUÍZA DE DIREITO CONVOCADA.

EMENTA: AGRAVO DE INSTRUMENTO. CONCURSO PÚBLICO. APROVAÇÃO. INSCRIÇÃO EM CURSO DE FORMAÇÃO SOMENTE PELA *INTERNET.* PROBLEMAS DE ACESSO. EXIGUIDADE DE TEMPO DE INSCRIÇÕES. PLAUSIBILIDADE DE INEFICÁCIA DE PROVIMENTO FUTURO. INEXISTÊNCIA DE PERIGO DE DANO AO ESTADO. OBEDIÊNCIA AO PRINCÍPIO DA ESCOLHA DOS MELHORES CANDIDATOS MEDIANTE CONCURSO. AGRAVO DESPROVIDO.

1. Diante da possibilidade de inscrição no curso de formação tão somente pela via *internet,* ocorreu a perda do prazo, arguindo o recorrido problemas de acesso à página do Centro de Seleção e de Promoção de Eventos da Universidade de Brasília (CESPE), bem como a exiguidade de tempo previsto para tal providência.

2. Desse modo, o deferimento da inscrição em tela, pela via judicial, deveu-se a uma ponderação que privilegiou a manutenção do objeto da ação em primeira instância, bem como o esforço pessoal do candidato, o qual logrou êxito em várias etapas do concurso público e que, por óbvio, não deixaria de se inscrever para curso de formação senão por força de impedimento alheio à sua vontade.

3. Ademais, o próprio Estado do Ceará teria interesse em habilitar no curso de formação os candidatos melhor classificados no certame, pois estes mostraram-se mais aptos e competentes para o exercício do futuro cargo público. Essa, inclusive, é a função primordial da concorrência ampla efetuada *in casu*, a evidenciar a inexistência de lesão ao ente público.

4. Por fim, descabe arguir regra editalícia acerca de disponibilidade de computadores na empresa Microlins, em franca inovação recursal, se não há prova, a cargo do agravante, de que isso tenha ocorrido durante todo o período de inscrições

para mencionado curso, uma vez que aquele lapso abrangeu final de semana e, no caso, dever-se-ia observar o horário de funcionamento do citado estabelecimento comercial.
5. Agravo de instrumento conhecido e desprovido.

ACÓRDÃO

Acordam os integrantes da Primeira Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, por uma de suas Turmas, unanimemente, em conhecer do recurso, mas negar-lhe provimento, nos termos do voto da Relatora.

Fortaleza, 18 de abril de 2011.

RELATÓRIO

Trata-se de agravo de instrumento aforado contra decisório liminar prolatado nos autos do Processo nº 2008.0039.3586-4 (ação ordinária), em trâmite perante a 2ª Vara da Fazenda Pública desta Comarca, o qual determinou "que a CESPE/UNB – Universidade de Brasília inscreva de imediato o requerente no Curso de Formação de Soldado PM do Quadro de Praças Policiais Militares, reservando-lhe vaga em caso de aprovação, até ulterior deliberação deste juízo" (fl. 111).

Aduz o ente público, em suma: *a)* ausência de prova para a concessão da medida liminar concedida; *b)* ausência de ilegalidade quanto à escolha administrativa de uso de internet para a inscrição de candidatos aprovados em certame, com vistas a frequentar futuro curso de formação; *c)* a decisão liminar, ao facultar o candidato inscrever-se além da data prevista em edital restou por ferir a isonomia entre os concorrentes que se submeteram a dita regra; *d)* princípio da vinculação ao edital.

Ao final postulou a concessão de efeito suspensivo, o qual foi denegado pelo decisório de fls. 122-123.

Interposto agravo regimental às fls. 126-128, este foi apreciado e rejeitado como se fora pedido de reconsideração, uma vez irrecorrível a decisão que aprecia ou nega efeito suspensivo ao recurso (art. 527, CPC; RMS 25143/RJ e REsp 1006088/SC)

Não foram apresentadas contrarrazões.

Informações às fls. 139-140.

A Procuradoria-Geral de Justiça manifestou-se pela manutenção da negativa de efeito suspensivo ao recurso (fls. 144-149).

É o relato.

VOTO

Presentes os pressupostos de admissibilidade, conheço da presente postulação.

Não vislumbro razões para a reforma do *decisum* combatido.

Neste caso o agravado foi regularmente aprovado em concurso público para o cargo de Soldado da Polícia Militar deste Estado.

Porém, diante da possibilidade de inscrição no curso de formação tão somente pela via *internet,* ocorreu a perda do prazo, arguindo o recorrido problemas de acesso à página do Centro de Seleção e de Promoção de Eventos da Universidade de Brasília (CESPE), bem como a exiguidade de tempo previsto para tal providência.

Com isso, o magistrado *a quo* permitiu a inscrição do candidato a fim de privilegiar o objeto futuro da ação em primeira instância, bem como diante do perigo de demora evidenciado na espécie.

Deve-se deixar bem claro que *in casu* não se franqueou o ingresso de candidato desabilitado em fases anteriores, mas sim que foi aprovado em todas as etapas pretéritas, de sorte que, em juízo sumário de plausibilidade, não se vislumbra a ocorrência de eventual dano irreversível ao ente público recorrente em face da decisão de primeira instância.

O deferimento da inscrição em tela deveu-se a uma ponderação que privilegiou a manutenção do objeto da ação em primeira instância, bem como o esforço pessoal do candidato, o qual logrou êxito em várias etapas do concurso público e que, por óbvio, não deixaria de se inscrever para curso de formação senão por força de impedimento alheio à sua vontade, tocante a problemas de acesso de *internet* à página do Centro de Seleção e de Promoção de Eventos da Universidade de Brasília (CESPE), dada a exiguidade de tempo previsto para tal providência.

Ademais, o próprio Estado do Ceará teria interesse em habilitar no curso de formação os candidatos melhor classificados no certame, pois estes mostraram-se mais aptos e competentes para o exercício do futuro cargo público. Essa, inclusive, é a função primordial da concorrência ampla efetuada *in casu*, a evidenciar a inexistência de lesão ao ente público.

Outrossim, descabe arguir regra editalícia acerca de disponibilidade de computadores na empresa Microlins (fl. 127), em franca inovação recursal, se não há prova, a cargo do agravante, de que isso tenha ocorrido durante todo o período de inscrições para mencionado curso, uma vez que aquele lapso abrangeu final de semana e, no caso, dever-se-ia observar o horário de funcionamento do citado estabelecimento comercial.

Sob tais fundamentos, nego provimento ao agravo.

É como voto.

Mandado de Segurança

PROCESSO Nº 11926-63.2005.8.06.0000/0
TIPO DO PROCESSO: MANDADO DE SEGURANÇA
IMPETRANTES: ANÁLIA VARELA FEITOSA e CATARINA VARELA FEITOSA, ESTA REPRESENTADA PELA PRIMEIRA
IMPETRADOS: SECRETÁRIO DE ADMINISTRAÇÃO DO ESTADO DO CEARÁ, SECRETÁRIO DA FAZENDA DO ESTADO DO CEARÁ e SECRETÁRIO DE SEGURANÇA PÚBLICA E DEFESA DA CIDADANIA DO ESTADO DO CEARÁ
RELATOR: DES. FRANCISCO AURICÈLIO PONTES

EMENTA: MANDADO DE SEGURANÇA. O STF JÁ DECIDIU PELA AUTOAPLICABILIDADE DO CONTIDO NO ART. 40, § 7º, DA CARTA MAGNA. SÚMULA Nº 22 DESTA CORTE. A PENSÃO POR MORTE DO SERVIDOR PÚBLICO CORRESPONDERÁ AO VALOR QUE FARIA JUS O INSTITUIDOR FALECIDO COMO SE NA ATIVA ESTIVESSE, CONFORME CONSTITUIÇÃO ESTADUAL E LEI COMPLEMENTAR ESTADUAL Nº 12. INAPLICÁVEL O INSTITUTO DA DECADÊNCIA NAS PRESTAÇÕES DE TRATO SUCESSIVO, QUANDO DECORRER DA REDUÇÃO DA PENSÃO POR MORTE. PRECEDENTES STJ E SÚMULA 25 DESTE SODALÍCIO. O STF ATRAVÉS DO VERBERTE SUMULAR 271 LIMITA O PAGAMENTO DE PRESTAÇÕES A PARTIR DA DATA DO AJUIZAMENTO DO "MANDAMUS". SEGURANÇA PARCIALMENTE CONCEDIDA.

1. A pensão por morte corresponderá ao total de proventos do servidor falecido, devendo-se observar o teto remuneratório aplicável, além do que são estendidos aos pensionistas, quaisquer benefícios ou vantagens, conforme dispõem os arts. 168, §§ 4º e 5º, da Constituição Estadual, e 9º da Lei Complementar Estadual nº 12.

2. O STF já decidiu pela autoaplicabilidade do art. 40, § 7º, da Carta Magna, fixando que o valor da pensão deve corresponder à totalidade dos vencimentos do servidor, se vivo fosse.

3. Súmula nº 22 deste Tribunal de Justiça: "O benefício da pensão por morte deve corresponder à totalidade dos proventos devidos ao 'de cujus' na data do falecimento, vedando-se a exclusão das parcelas previamente incorporadas aos estipêndios do servidor transferido para a inatividade."

4. Inaplicável o instituto da decadência, na prestação de trato sucessivo, quando o ato impugnado se refere à redução da pensão por morte recebida pelas impetrantes, porquanto se renova mês a mês o direito, Precedente do STJ e súmula 25 desta Corte: "Nas prestações de trato sucessivo, em que a ilegalidade suscitada no mandado de segurança renova-se periodicamente, descabe cogitar de decadência da impetração".
5. As prestações pretéritas anteriores à data do ajuizamento da ação mandamental, aplica-se a súmula 271 do STF: "Concessão de mandado de segurança não produz efeitos patrimoniais em relação a período pretérito, os quais devem ser reclamados administrativamente ou pela via judicial própria".
6. Incabíveis honorários advocatícios sucumbenciais, súmulas 512 do STF, 105 do STJ e art. 25 da Lei 12.016/2009.
7. Segurança parcialmente concedida.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos do Mandado de Segurança nº 11926-63.2005.8.06.0000/0, em que são partes ANÁLIA VARELA FEITOSA e CATARINA VARELA FEITOSA, menor representada por sua genitora, como impetrantes, e o SECRETÁRIO DE ADMINISTRAÇÃO DO ESTADO DO CEARÁ, SECRETÁRIO DA FAZENDA DO ESTADO DO CEARÁ e SECRETÁRIO DE SEGURANÇA PÚBLICA E DEFESA DA CIDADANIA DO ESTADO DO CEARÁ.

ACORDAM os Desembargadores deste Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, em sessão plenária, à unanimidade, em conhecer do "mandamus" para CONCEDEREM A SEGURANÇA pleiteada, nos termos do voto do Relator.

RELATÓRIO

A presente ação mandamental foi impetrada por ANÁLIA VARELA FEITOSA e CATARINA VARELA FEITOSA, menor representada pela primeira, sua genitora, ambas pensionistas, contra ato do SECRETÁRIO DE ADMINISTRAÇÃO DO ESTADO DO CEARÁ, SECRETÁRIO DA FAZENDA DO ESTADO DO CEARÁ E SECRETÁRIO DE SEGURANÇA PÚBLICA E DEFESA DA CIDADANIA DO ESTADO DO CEARÁ.

As impetrantes juntaram aos autos certidão de casamento fl.15 e certidão de nascimento fl.16, comprovando que a primeira impetrante é viúva e a segunda impetrante, filha de FRANCISCO IVAN FEITOSA, falecido em 11.03.2001, como se vê da certidão de óbito à fl.14.

Com o falecimento de FRANCISCO IVAN FEITOSA, que era Delegado de Polícia Civil aposentado, as impetrantes e uma outra filha passaram auferir pensão (fl.13). Essa pensão no mês junho/2005, correspondia para cada uma das impetrantes o valor de R$ 2.809,70 (dois mil, oitocentos e nove reais e setenta centavos), totalizando o valor de R$ 5.619,40 (cinco mil, seiscentos e dezenove reais e quarenta centavos).

Uma das filhas foi excluída por emancipação, informação à fl.52, e a pensão passou a ser paga em parte iguais, no caso, a viúva e a outra filha menor, ora impetrantes.

As impetrantes juntaram informação (fl.17), expedida pelo Chefe da Unidade de Controle de Pagamentos e Benefícios do Departamento de Recursos Humanos da Polícia Civil, datada de 13.07.2005, na qual consta que FRANCISCO IVAN FEITOSA, ex-ocupante do cargo de Delegado de Polícia Civil de 3ª Classe, se vivo estivesse perceberia seus proventos, no valor total de R$ 7.330,40 (sete mil, trezentos e trinta reais e quarenta centavos).

Em sede do presente "mandamus", ingressado em 03.08.2005, as impetrantes alegam que seus benefícios estavam defasados, porquanto houve redução no valor de R$ 1.721,00 (um mil, setecentos e vinte um reais), do total da pensão a que fazem jus em relação ao que estaria recebendo se vivo estivesse o instituidor da pensão.

As impetrantes, em suas razões, sustentam a tempestividade da ação mandamental, porquanto o pagamento é de trato sucessivo, que se renova mês a mês.

Assim, requerem que a pensão seja paga no valor dos proventos que deveria receber o falecido instituidor, se vivo fosse e conforme a declaração de fl.17, inclusive, as diferenças atrasadas.

Fundamenta o pedido no § 5º do art. 40, da CF (hoje,§ 7º, do mesmo artigo com a EC 20/98) e no art. 42, § 10º, também da Carta Magna, c/c os §§ 4º e 5º do art. 168 da Constituição Estadual, e transcreve na peça preambular jurisprudência da Suprema Corte, que trata da autoaplicabilidade do art. 40, § 5º (EC 20/98, §7º) e cita diversas decisões deste Tribunal, que concedem o direito postulado.

Decisão monocrática denegando a liminar requerida, às fls.25/27, lavrada pela Desa. Gizela Nunes da Costa, sob o fundamento de que a legislação federal, no caso as Leis de nºs 4348/64, 8437/92 e 9494/97 vedam a concessão de liminares em desfavor do Poder Público.

As informações requisitadas não foram prestadas pelas autoridades, aqui apontadas como coatoras, fl.35.

A Procuradoria Geral de Justiça manifesta-se, às fls.36/42, pela concessão da segurança.

É o Relatório.

VOTO

A presente ação mandamental gravita sobre a aplicabilidade do contido

no § 5º do art. 40, que teve sua redação alterada pela Emenda Constitucional nº 20, de 15.12.1998, passando a dispor o § 7º da CF/88*:*

> "Art. 40. Aos servidores titulares de cargos efetivos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, incluídas suas autarquias e fundações, é assegurado regime de previdência de caráter contributivo, observados critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial e o disposto neste artigo.
>
> §7º. Lei disporá sobre a concessão do benefício da pensão por morte, que será igual ao valor dos proventos do servidor falecido ou ao valor dos proventos a que teria direito o servidor em atividade na data de seu falecimento, observado o disposto no §3º". (EC 20/98).

Pela disposição expressa do texto constitucional acima transcrito, a União, os Estados, Distrito Federal e os Municípios, incluídas suas autarquias e fundações, deverão pagar pensão por morte aos dependentes do servidor falecido, com base nos proventos a que teria direito se em atividade estivesse, na data de seu falecimento.

O constituinte estadual derivado fixou nos §§ 4º e 5º, do art. 168, que:

> "§ 4º Os proventos da aposentadoria serão revistos, na mesma proporção e na mesma data, sempre que se modificar a remuneração dos servidores em atividade, sendo também estendidos aos inativos e pensionistas quaisquer benefícios ou vantagens posteriormente concedidos aos servidores em atividade, inclusive quando decorrentes da transformação ou reclassificação do cargo ou função em que se deu a aposentadoria, na forma da lei.
> § 5º O benefício da pensão por morte corresponderá à totalidade de vencimentos ou proventos do servidor falecido, na forma do disposto no parágrafo anterior".

O art. 9º da Lei Complementar Estadual 12, de 23 de junho de 1999, fixa que:

> "Art. 9º. A pensão por morte do segurado, concedida na conformidade dos §§ 2º a 7º do Art. 331 da Constituição Estadual, corresponderá à totalidade do subsídio, vencimentos ou proventos do servidor, agente público ou membro de Poder falecido, respeitado o teto remuneratório aplicável".

É inegável que as Constituições Federal e Estadual fixam que a pensão por morte corresponderá ao total de proventos do servidor falecido, devendo-se observar o teto remuneratório aplicável, além do que são estendidos aos pensionistas, quaisquer

benefícios ou vantagens.

A fotocópia do Diário Oficial do Estado, edição de 09.05.2001, à fl.13, consta que o instituidor da pensão era detentor do cargo de Delegado de Polícia de 3ª Classe, e a partir do seu falecimento as impetrantes e a filha, Lídia Varela Feitosa (nascida em 17.06.1985), passaram a fazer jus à pensão no valor total de R$ 5.608,18 (cinco mil, seiscentos e oito reais e dezoito centavos).

O documento de fl.17, expedido pelo Chefe da Unidade de Controle de Pagamentos e Benefícios do Departamento de Recursos Humanos da Polícia Civil em Fortaleza, não deixa dúvida de que, se vivo estivesse o instituidor da pensão, no dia 13 de julho de 2005, estaria percebendo seus proventos no total de R$ 7.330,40 (sete mil, trezentos e trinta reais e quarenta centavos).

Com efeito, nos autos do presente "mandamus" as impetrantes comprovam que cada uma está percebendo, a título de pensão, o valor de R$ 2.809,70, que totaliza R$ 5.619,40 (cinco mil, seiscentos e dezenove reais e quarenta centavos), fl. 18/19, extratos de pagamento, datados de 02.06.2005, o que resulta na diferença do valor de R$ 1.711,00 (um mil, setecentos e onze reais) pagos a menor.

A Suprema Corte já tem pacificado o entendimento de que a pensão deverá corresponder à integralidade dos vencimentos ou dos proventos que o servidor falecido percebia, conforme se vê a seguir:

> "EMENTA: AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. CONSTITUCIONAL. PENSÃO POR MORTE. SERVIDOR PÚBLICO. (...) AUTO-APLICABILIDADE DO ARTIGO 40, § 5º [ATUAL § 7º] DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL.
> 1. O Supremo Tribunal Federal fixou jurisprudência no sentido da auto-aplicabilidade do artigo 40, § 5º [atual § 7º], da Constituição, determinando que o valor pago a título de pensão corresponda à integralidade dos vencimentos ou dos proventos que o servidor falecido percebia. Precedentes.
> 2. (...). Agravo regimental a que se nega provimento. (RE-AgR 504271/ PE - PERNAMBUCO AG.REG.NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO Relator(a): Min. EROS GRAU Julgamento: 08/04/2008; Órgão Julgador: Segunda Turma)."

Também neste sentido, o posicionamento desta egrégia Corte:

> "CONSTITUCIONAL. PROCESSUAL CIVIL. MANDADO DE SEGURANÇA. REMESSA NECESSÁRIA. PENSÃO POR MORTE. POLICIAL CIVIL. APLICAÇÃO DO DISPOSTO NO ART. 40, PARÁGRAFOS 7° E 8° DA CF/88 (COM REDAÇÃO CONFERIDA PELA EMENDA CONSTITUCIONAL 20/98). INCORPORAÇÃO DE VANTAGENS DE NATUREZA GERAL. REEXAME *EX OFFICIO*

CONHECIDO E DESPROVIDO.
1. Não há que se falar em decadência, uma vez que se verifica, na espécie, a existência de ato omissivo em prestação de trato contínuo. Portanto, o prazo decadencial para se impetrar a ação mandamental se renova mês a mês.
2. Resta pacificado o entendimento de que as normas constitucionais suscitadas (art. 40, parágrafos 7° e 8° com a redação auferida pela EC n° 20/1988) são auto-aplicáveis, bem como que os inativos e os beneficiários de pensão por morte têm o direito de receber a totalidade do que perceberia o instituidor, se estivesse em atividade ou se vivo fosse.
3. Estendem-se aos inativos e pensionistas as vantagens de natureza geral posteriormente concedidas aos servidores.
4. Remessa Necessária conhecida, porém não provida. Sentença mantida. Retificação do "decisum a quo" em virtude de erro material em relação à parte. (3ª Câmara Cível, data julgamento 27.07.2009, DJ 03.08.2009, Desembargador Antônio Abelardo Benevides Moraes, processo nº 44363-92.2000.8.06.0001/1).

"EMENTA CONSTITUCIONAL. PENSÃO. NORMA CONSTICUCIONAL. AUTO-APLICABILIDADE. O disposto no § 7º, acrescentado ao art. 40 da Constituição Federal pela EC 20/98, não afeta a inteligência dada pelo STF ao § 5º do mesmo art. 40, de que o benefício da pensão por morte de servidor público deve corresponder à totalidade do que perceberia o servidor falecido, se vivo fosse. Inadmissível a exclusão de vantagens ao argumento de serem próprias da atividade. Precedentes. Remessa oficial conhecida, mas desprovida." (APC 2005.0013.2309-3/0; 3ª CÂMARA CÍVEL; Des. JOSÉ ARÍSIO LOPES DA COSTA; Julgamento em 07/04/2008).

"CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. SERVIDOR PÚBLICO ESTADUAL. PENSÃO. REDUÇÃO. IMPOSSIBILIDADE.
1. Os proventos do servidor público, bem como a pensão percebida por seus dependentes em razão de sua morte, devem corresponder à totalidade do que este perceberia se estivesse em efetivo exercício.
2. Inadmissível a exclusão de vantagens ao argumento de serem próprias da atividade.
3. É entendimento, inclusive, sumulado através do enunciado 22 deste egrégio Tribunal: "O benefício da pensão por morte deve corresponder à totalidade dos proventos devidos ao "de cujus" na data do falecimento, vedando-se a exclusão das parcelas previamente incorporadas aos estipêndios do servidor transferido para a inatividade."
4. Redução observada. Inadmissibilidade. Violação ao princípio da

> irredutibilidade de vencimentos e proventos configurada. - Reexame Necessário conhecido. Sentença confirmada. - Unânime. (4ª Câmara cível, processo 714272-16.2000.8.06.0000/1, Desa. Relatora Maria Iracema do Vale Holanda).

> **"**CONSTITUCIONAL/ADMINISTRATIVO. PENSÃO POR MORTE**.** ENTENDIMENTO SUMULADO DO TJCE. SÚMULA 22. - Na espécie, viúva de servidor público estadual, que passou a auferir pensão menor do que perceberia seu marido se vivo fosse, o que é vedado. - Este Tribunal de Justiça, em casos que tais, editou a súmula n. 22, que enuncia que "O benefício da pensão por morte deve corresponder à totalidade dos proventos devidos ao *de cujus* na data do falecimento, vedando-se a exclusão das parcelas incorporadas aos estipêndios do servidor transferido pan a inatividade.". - E o Supremo Tribunal Federal ratificou tal entendimento, hipótese idêntica, assim ementada: "Pensão por morte**.** Beneficio correspondente à totalidade dos vencimentos ou proventos do servidor falecido. Autoaplicabilidade do artigo 40, §§ 4° e 5°, da Constituição Federal. Precedente." (Agravo Regimental no RECURSO EXTRAORDINÁRIO N° 344358 / RS, DJ DJ 28-02.2003). - Precedentes do STF e deste E. TJCE. - Apelação conhecida e improvida. - Sentença confirmada, em todos os seus termos. - Unânime. (proc. 19963-16.2004.806.0000/0 Desa. Relatora Maria Iracema do Vale Holanda, 1ª Câmara Cível).

O entendimento acima esposado encontra-se sumulado através do enunciado 22 deste Tribunal, que dispõe:

> "O benefício da pensão por morte deve corresponder à totalidade dos proventos devidos ao *de cujus* na data do falecimento, vedando-se a exclusão das parcelas previamente incorporadas aos estipêndios do servidor transferido para a inatividade."

A presente ação mandamental não está tragada pela decadência, visto que decorre de redução do valor da pensão, caracterizando-se o ato de trato sucessivo, renovando-se o prazo mês a mês, conforme precedentes do STJ e desta Corte, a seguir transcritos:

> "AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. REDUÇÃO DE GRATIFICAÇÃO. DIREITO ADQUIRIDO. ILEGALIDADE MANIFESTA DO ATO. DECADÊNCIA PARA IMPETRAÇÃO DO *WRIT*. NÃO-OCORRÊNCIA. TRATO SUCESSIVO.

1. A caracterização do ato omissivo independe da prévia existência do direito pleiteado, pois a confirmação do direito será resultado da atividade jurisdicional ao fim do processo, razão pela qual o que define a análise da prescrição ou decadência é a pretensão posta em juízo e não a prévia existência ou não do direito.
2. No caso em tela, a pretensão que se quer alcançar no "mandamus" é voltada à suspensão do ato que reduziu a "Gratificação Anual de Produtividade", perpetrado após o advento do Decreto Estadual n.º 24.022/2004.
3. Em linhas gerais, conforme decidido no acórdão ora hostilizado, as condições definidas em lei para a percepção da "Gratificação Anual de Produtividade" foram alteradas por ato normativo posterior, tendo o Recorrido, ora Agravado, experimentado inegável redução em seus proventos, isto é, com a diminuição de parte de valor a ele devido.
4. Nesse contexto, em se tratando de redução, e não de supressão do valor de vantagem, resta configurada a prestação de trato sucessivo, razão pela qual o prazo para impetração da ação mandamental se renova a cada mês.
5. Agravo regimental desprovido". Grifo nosso. (AgRg no REsp 1090760/AM, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 29/4/2009, Dje 1/6/2009).

"Agravo regimental no recurso especial. Administrativo. Servidor público. Mandado de segurança. Decadência. Inexistência. Prestação de trato sucessivo que se renova mês a mês. Violação ao art. 2º da LICC. Exame reflexo de legislação local. Súmula 280/STF. Agravo desprovido.
I - A redução do valor de vantagens, diferentemente da supressão destas, configura relação de trato sucessivo, pois não equivale à negação do próprio fundo de direito.
II - *In casu*, a apreciação da suposta afronta ao art. 2º da LICC esbarraria no Enunciado nº 280 da Súmula do c. Supremo Tribunal Federal, que veda, em sede de recurso especial, o exame de lei local para a solução das controvérsias. Agravo regimental desprovido." Grifo nosso. (AgRg no REsp-907.461, Ministro Felix Fischer, DJ de 12.11.07.)

"PROCESSO CIVIL. REGIMENTAL CONTRA MONOCRÁTICA QUE APRECIOU EMBARGOS DECLARATÓRIOS. MÉRITO. CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. POLICIAL MILITAR. PENSÃO. REDUÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. PRESCRIÇÃO E DECADÊNCIA. INEXISTÊNCIA. APLICAÇÃO DA SÚMULA 25 DESTE TRIBUNAL DE JUSTIÇA.
1. Os proventos do servidor público, bem como a pensão percebida por seus dependentes em razão de sua morte, devem corresponder à totalidade do

> que este perceberia se estivesse em efetivo exercício.
> 2. É entendimento, inclusive, sumulado através do enunciado 23 deste egrégio Tribunal: "Os proventos do inativo e as pensões por morte devem corresponder à totalidade do que perceberia o militar se estivesse em atividade ou se vivo fosse, estendendo-se aos inativos e aos pensionistas quaisquer benefícios ou vantagens posteriormente concedidos aos militares ativos, ainda que não sejam de caráter geral".
> 3. Redução observada. Inadmissibilidade. Violação ao princípio da irredutibilidade de vencimentos e proventos configurada.
> 4. Inexistência de prescrição e decadência. Afinal, o caso em tela configura prestações de trato sucessivo. Aplicação da Súmula 25 deste egrégio Tribunal de Justiça. - Agravo Regimental conhecido, mas desprovido. - Decisão monocrática desta Relatoria mantida. - Unânime". Grifo nosso. (456918-20.2000.8.06.00000-2, Desa. Maria Iracema Martins do Vale, 4ª Câmara Cível, data do registro 26.11.2010)

Este Sodalício através do verbete sumular nº 25, já sedimentou o entendimento de que não cabe a aplicação da decadência, quando o objeto do mandado de segurança se referir a prestações de trato sucessivo:

> "Nas prestações de trato sucessivo, em que a ilegalidade suscitada no mandado de segurança renova-se periodicamente, descabe cogitar de decadência da impetração".

Com relação ao período pretérito, anterior à data do ingresso do presente remédio heróico, aplica-se a súmula 271 do STF que fixa:

> "Concessão de mandado de segurança não produz efeitos patrimoniais em relação a período pretérito, os quais devem ser reclamados administrativamente ou pela via judicial própria".

Diante do exposto, as impetrantes têm direito líquido e certo a ser amparado pela presente ação mandamental, razão pela qual concedo a parcialmente a segurança, no sentido de que a pensão por morte instituída pelo servidor público corresponda ao total de seus proventos como se na ativa estivesse, conforme fl. 17, fazendo jus a diferença a partir da data do ajuizamento desta ação, nos termos da Súmula 271 do STF.

Incabíveis honorários advocatícios sucumbenciais, súmulas 512 do STF, 105 STJ e art. 25 da Lei 12.016/2009.

É como voto. Senhor Presidente

Fortaleza, 24 de fevereiro de 2011.

MANDADO DE SEGURANÇA Nº 128240-5-.2009.8.06.0001/0
IMPETRANTE: JOSÉ JARBAS AGUIAR FREIRE
IMPETRADO: COMANDANTE GERAL DA POLÍCIA MILITAR DO ESTADO DO CEARÁ
RELATOR: DESEMBARGADOR ADEMAR MENDES BEZERRA

EMENTA: MANDADO DE SEGURANÇA. SERVIDOR MILITAR. PREENCHIMENTO DE FICHA DE AVALIAÇÃO PARA QUADRO DE ACESSO. ART. 99 DA LEI 13.729/2006. PRETENSÃO DE MODIFICAÇÃO DA PONTUAÇÃO ATRIBUÍDA PELA AUTORIDADE COMPETENTE. IMPOSSIBILIDADE.

1. O administrador público está vinculado ao princípio da legalidade, estando adstrito à observância da lei, não podendo se afastar desse comando constitucional sob pena de praticar ato inválido e expor-se à responsabilidade civil ou criminal, conforme o caso.

2. No caso em apreço o preenchimento da ficha de informação referente à inclusão do impetrante em Quadro de acesso na carreira foi realizado pela autoridade competente conforme estabelece o Art. 99 da Lei nº 13.729/2006, Estatuto dos Militares Estaduais.

3. Não restou comprovado nos autos qualquer ilegalidade ou abuso da administração passível de correção através do remédio heróico. Impedir que a autoridade militar exerça uma competência que lhe cabe, não se enquadra no tipo de proteção dispensada pela ação de Mandado de Segurança.

4. SEGURANÇA DENEGADA.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de Mandado de Segurança nº 128240-5-.2009.8.06.0001/0 em que figuram as partes acima referidas.

Acorda o Tribunal de Justiça do Ceará, em sua composição plenária, em DENEGAR A SEGURANÇA, nos termos do Voto do Relator.

Fortaleza, 05 de maio de 2011.

RELATÓRIO

Trata-se de Mandado de Segurança com pedido de liminar ajuizado por JOSÉ JARBAS AGUIAR FREIRE em face de ato administrativo reputado abusivo do EXMO. SR. COMANDANTE DA POLÍCIA MILITAR DO ESTADO DO CEARÁ.

Afirma o impetrante, em síntese, que é avaliado semestralmente para fins de aferição de pontos pela Comissão de Promoção de Oficiais (CPO) presidida pela autoridade apontada coatora e que averiguou a existência de uma baixa considerável na conceituação atribuída quanto ao semestre 2008.2, em razão da autoridade a qual se encontra subordinado atribuiu-lhe anteriormente 6.000(seis mil) pontos, enquanto a pontuação constante do quadro respectivo deixa antever 5.000(cinco mil) pontos.

Pretende, através do presente mandado de segurança, o ressarcimento de mil pontos subtraídos da sua conceituação original, requestando a concessão de liminar com este objetivo e, no mérito, a concessão da segurança.

Nas informações de fls. 46/51 a autoridade impetrada, ao defender a legalidade do ato impugnado, sustenta que a pretensão do impetrante é contrária às disposições da Lei 13.729/2006, que dispõe sobre o Estatuto dos Militares Estaduais do Ceará. Afirma que o Corregedor Geral dos Órgãos de Segurança Pública e Defesa Social não é servidor militar, portanto, não é autoridade legitimada para realizar a avaliação da Ficha de Informação.

Às fls. 53/55 esta relatoria indeferiu a medida liminar requestada.

No parecer de fls. 58/63 a representante da Douta Procuradoria Geral de Justiça opinou pela denegação da segurança.

É o relatório.

VOTO

A questão trazida à baila no presente mandado de segurança diz respeito à suposta ilegalidade do ato administrativo praticado pelo Comandante Geral da Polícia Militar que desconsiderou avaliação funcional realizada pelo Corregedor Geral dos Órgãos de Segurança Pública a quem o impetrante encontra-se subordinado.

Em abono de sua pretensão o impetrante sustenta que é Tenente-Coronel BM e que para galgar ao posto de Coronel, é submetido semestralmente à avaliação pela Comissão de Oficiais da PMCE. Diz que serve atualmente na Corregedoria-Geral dos Órgãos de Segurança Pública, encontrando-se subordinado ao Corregedor Geral, o qual lhe conferiu conceito em 6.000(seis mil) pontos. Entretanto, ao solicitar o seu quantitativo conceitual, foi surpreendido com uma baixa na conceito originalmente aferido pelo seu Chefe imediato.

Após recorrer à via administrativa para obter o ressarcimento da pontuação, a Comissão de Promoção de Oficiais, presidida pelo Exmo. Sr. Comandante Geral da Polícia Militar, decidiu pelo indeferimento "haja vista que no elenco das autoridades dispostas no artigo 99, do Estatuto BM/PM (Lei 13.729, de 11.01.2006), responsáveis para aferirem as Fichas de Informações dos Oficiais, mesmo os que se encontram lotados em órgão diversos da estrutura da PMCe, não são contemplados gestores públicos civis, portanto, a pontuação porventura concedida pelo Sr. Corregedor Geral não encontra guarida legal".(fl.69)

Foi então que ingressou com o presente Mandado de Segurança aduzindo abuso e equívoco no ato da autoridade, o qual, em seu entender, afrontou os princípios

do Direito Público e violou o seu direito líquido e certo.

Pois bem.

Sabe-se que o administrador público está vinculado ao princípio da legalidade, estando adstrito à observância da lei, não podendo se afastar desse comando constitucional sob pena de praticar ato inválido e expor-se à responsabilidade civil ou criminal, conforme o caso.

Lecionam Hely Lopes Meireles e Celso Antônio Bandeira de Mello, respectivamente:

> " Na administração pública não há liberdade nem vontade pessoal. Enquanto na administração particular é lícito fazer tudo que a lei não proíbe, na Administração pública só é permitido fazer o que a lei autoriza. A lei para o particular significa "pode fazer assim", para o administrador público significa "deve fazer assim".(*In* Direito Administrativo Brasileiro, 32ª Edição, Malheiros Editores, São Paulo, 2006, pag. 88).

> " Com efeito, enquanto na atividade privada pode-se fazer tudo o que não é proibido, na atividade administrativa só se pode fazer o que é permitido. Em outras palavras, não basta a simples relação de não-contradição, posto que, demais disso, exige-se ainda uma relação de subsunção. Vale dizer, para a legitimidade de um ato administrativo é insuficiente o fato de não ser ofensivo à lei. Cumpre que seja praticado com embasamento em alguma norma permissiva que lhe sirva de supedâneo
> (…)
> Seabra Fagundes sintetizou esta ideia mediante frase concisa e lapidar, lecionando: " Administrar é aplicar a lei de ofício". (*In* Grandes Temas de Direito Administrativo, 1ª Edição, Malheiros Editores, São Paulo, 2009, pag. 36).

Pois bem.

No caso em apreço a avaliação do impetrante se deu com base na Lei nº 13.729/2006, Estatuto dos Militares Estaduais, que estabelece critérios, requisitos, princípios e condições para a ascensão na hierarquia militar.

O Art.99 da referida lei dispõe, *verbis:*

> Art. 99. A Ficha de Informação, a que se refere o inciso II do artigo anterior, será feita em única via, podendo o Oficial avaliado dela ter conhecimento e se destina a sistematizar as apreciações sobre valor moral e profissional do Oficial, no período em referência, por parte das autoridades competentes, conforme estabelecido no anexo I desta Lei.
> § 1º As autoridades de que trata o *caput* deste artigo, são, em princípio, as seguintes:
> I - Comandante-Geral;

> II - Comandante-Geral Adjunto;
> III - Coordenador-Geral de Administração;
> IV - Chefe da Casa Militar;
> V - Coordenador Militar;
> VI - Oficial mais antigo em serviço ativo, de posto superior, lotado na estrutura da Secretaria da Segurança Pública e Defesa Social, na seguinte ordem de prioridade:
> a) da respectiva Corporação Militar Estadual, servindo no mesmo Órgão ou setor daquela Pasta em que esteja lotado o avaliado;
> b) de Corporação Militar Estadual, servindo no mesmo Órgão ou setor daquela Pasta em que esteja lotado o avaliado;
> c) de Corporação Militar Estadual lotado no Gabinete do Secretário;
> d) de Corporação Militar Estadual lotado na estrutura daquela Pasta;
> VII - Diretor ou Coordenador;
> VIII - Assessor;
> IX - Comandantes de Policiamentos Metropolitano e do Interior;
> X - comandante de unidade operacional, chefe de repartição e de estabelecimento.

Percebe-se, pois, que a legislação elenca um rol de autoridades competentes para a atribuição de nota ao militar interessado em acesso às graduações superiores. Na hipótese em que o militar não possua vínculo de subordinação com as autoridades elencadas, como no caso do impetrante, deve ser seguido o que estabelece o §4º do mesmo artigo. Leia-se:

> § 4º O Oficial, que não estiver subordinado funcionalmente a nenhuma das autoridades competentes para preenchimento da Ficha de Informação, será avaliado pelo Comandante-Geral Adjunto da respectiva Corporação Militar.

Nesse panorama, como bem pontuou a ilustre representante do Ministério Público, "o fato de estar o impetrante exercendo suas funções perante a Corregedoria – Geral dos órgãos de Segurança Pública não legitima o seu chefe imediato a atribuir nota aos conceitos contidos na sua ficha de informação, para fins de composição do quadro de acesso aos postos superiores. (…) Ora, constatanto a Comissão de Promoção de Oficiais que a pontuação atribuída ao autor não foi conferida por autoridade legítima, certo a remessa da ficha à autoridade competente para reavaliar o militar". fls.62/63.

Com efeito, não restou comprovado nos autos qualquer ilegalidade ou abuso da administração passível de correção por meio do remédio heróico. Impedir que a autoridade miliar exerça uma competência que lhe cabe, não se enquadra no tipo de proteção dispensada pela ação de Mandado de Segurança, razão pela qual, em consonância com o parecer da representante da Douta Procuradoria Geral de Justiça, denego a ordem.

É como voto.

Fortaleza, 5 de maio de 2005.

PROCESSO Nº.: 23773-28.2006.8.06.0000/0.
SPROC Nº.: 2006.0025.9168-5/0.
CLASSE: MANDADO DE SEGURANÇA COM PEDIDO DE LIMINAR.
IMPETRANTE: CID FERREIRA GOMES.
IMPETRADO: PRESIDENTE DO TRIBUNAL DE CONTAS DOS MUNICÍPIOS DO ESTADO DO CEARÁ.
RELATOR: DESEMBARGADOR FRANCISCO SALES NETO.
ÓRGÃO JULGADOR: TRIBUNAL PLENO.
META-2 (CNJ)

EMENTA: DIREITO CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. IMPUGNAÇÃO DE ACÓRDÃO PROFERIDO PELO TRIBUNAL DE CONTAS DOS MUNICÍPIOS DO CEARÁ. PRELIMINAR DE IMPOSSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO. REJEIÇÃO. APLICAÇÃO DE MULTA A PREFEITO MUNICIPAL. REMESSA INTEMPESTIVA DE PRESTAÇÃO DE CONTAS. O TRIBUNAL DE CONTAS DOS MUNICÍPIOS, NO EXERCÍCIO DAS SUAS FUNÇÕES INSTITUCIONAIS, DISPÕE DE ATRIBUIÇÃO CONSTITUCIONAL E LEGAL PARA APLICAR PUNIÇÃO PECUNIÁRIA AO GESTOR MUNICIPAL QUE TENHA INCORRIDO EM INFRAÇÃO ADMINISTRATIVA. ORDEM DENEGADA.

1. Impetração que colima a obtenção de tutela mandamental substanciada na suspensão de ato emanado do Tribunal de Contas dos Municípios, ao argumento, em síntese, de que este fora prolatado ao arrepio das atribuições constitucionais daquela Corte Administrativa.

2. Os atos administrativos, ainda que proferidos por órgãos colegiados submetem-se a controle judicial de legalidade por via de mandado de segurança, figurando, como parte legitimada para compor a relação processual, o dirigente do órgão colegiado que proferiu a decisão final. Precedentes jurisprudencial.

3. Preliminar de impossibilidade jurídica do pedido. A *causa petendi* fixada na ação de segurança não ataca o estofo meritório encartado no ato impugnado, mas a sua validade em face da Constituição da República e sua legalidade,

questionando a viabilidade jurídica do Tribunal de Contas, no gozo das suas atribuições institucionais, aplicar punição pecuniária ao Chefe do Executivo, o que se submete à alçada jurisdicional do Poder Judiciário. Preliminar afastada.
4. Mérito. Nos lindes da impetração em tablado, a circunstância determinadora da aplicação da sanção impugnada no *writ* em destrame, consoante o v. Acórdão prolatado pelo Tribunal de Contas dos Municípios do Ceará (fls. 67/70), derivou da apresentação, a destempo, da Prestação de Contas do Município de Sobral, concernente ao Exercício de 1997, o que teria importado a violação ao art. 42, § 4º, da Constituição do Estado do Ceará.
5. Na jurisprudência firmada nesta Corte, o Tribunal de Contas dos Municípios dispõe de competência para imputação de penas pecuniárias ao gestor público municipal, desde que recaiam sobre a prática de atos de gestão.
6. Segurança denegada.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de Mandado de Segurança autuado sob o nº 23773-28.2006.8.06.0000/0, em que figura, como impetrante, o Sr. Cid Ferreira Gomes, e, como autoridade impetrada, o Excelentíssimo Presidente do Tribunal de Contas dos Municípios do Estado do Ceará, ACORDAM os Desembargadores do Egrégio Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, em sessão plenária, por votação unânime, pela DENEGAÇÃO da ordem postulada, tudo nos termos do voto proferido pelo Relator.

Fortaleza/CE,24 de fevereiro de 2011.

VOTO

1. RELATÓRIO

Em julgamento, mandado de segurança com pedido liminar impetrado por Cid Ferreira Gomes, colimando impugnar ato abusivo e ilegal atribuído ao Excelentíssimo Senhor Presidente do Tribunal de Contas dos Municípios do Estado do Ceará, materializado no Acórdão nº 2061/2006, que lhe impôs multa pecuniária em face do envio intempestivo da Prestação de Contas do Município de Sobral.

Conforme o adargado na proemial de fls. 02/14, principia o impetrante

noticiando que fora prefeito do Município de Sobral, sendo que, nessa condição, em sede de Prestação de Contas, foi apenado com multa pecuniária no valor de R$ 532,05 (quinhentos e trinta e dois reais e cinco centavos), por conta de irregularidade constatada naquela esfera administrativa.

Sustenta, em síntese, que a Corte de Contas Municipais, ao impor a punição suso referenciada, excedeu suas atribuições institucionais, à medida que incursionou no âmbito de atuação da Câmara Municipal de Sobral, único órgão responsável pelo julgamento das suas contas de gestão.

Haurido dessa premissa, acrescenta a inexistência de atribuição jurisdicional das Cortes de Contas para imputação de multa pecuniária, bem assim a ausência de efeito vinculante das suas determinações, circunstâncias que percutiriam a nulidade da pena que lhe fora imposta, pelo que aduz ser titular de direito líquido e certo a ser amparado na via mandamental.

Nesse diapasão, reputando presentes na espécie os requisitos para concessão da medida de urgência, pleiteia a concessão liminar da segurança porfiada, no sentido de que fiquem suspensos os efeitos da decisão contida no Acórdão nº 2061/2006, com a retirada do nome do impetrante do cadastro da dívida ativa do Município de Sobral.

Informações prestadas pela autoridade impetrada às fls. 47/65, oportunidade em que suscitou preliminar de impossibilidade jurídica de pedido, porquanto vedada a verificação meritória dos atos emanados dos Tribunais de Contas dos Municípios. No mérito, pugnou pela legalidade do ato assacado, aduzindo a competência do Tribunal de Contas dos Municípios para julgar Contas de Gestão de Prefeitos e, bem assim, para aplicar multa por eventuais irregularidades na gestão da coisa pública.

Promoção ministerial de fls. 127/135, posicionando-se pela denegação da segurança requestada.

Eis o relato, no essencial**.**

Processo sem revisão, nos termos do art. 34, § 3º, do Regimento Interno do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará.

2. FUNDAMENTAÇÃO.

A partir da compulsão dos autos, verifico que a impetração em tablado, colima a obtenção de tutela mandamental substanciada na suspensão de Acórdão emanado do Tribunal de Contas dos Municípios, ao argumento, em síntese, de que tal ato fora prolatado ao arrepio das atribuições constitucionais daquele Órgão.

Ab initio, destaco que o ato impugnado no vertente *mandamus* é acórdão da lavra do órgão colegiado do Tribunal de Contas do Estado do Ceará. E referido ato, cumpre-me ressaltar, constitui-se como ato composto, porquanto resultante da soma das vontades dos integrantes do órgão coletivo que no mesmo sentido se pronunciaram.

Neste aspecto, tenho que o acórdão alvejado cuida-se de ato de autoridade

chancelado, em última *ratio*, pelo Presidente do respectivo Órgão colegiado, devendo a eventual impugnação mandamental recair diretamente em face deste último, porquanto representante do colegiado emissor do ato invectivado.

Ombreando-se ao raciocínio ora expendido, destaco a lição do mestre publicista Pedro Roberto Decomain, que assim consigna sobre o tema:

> "Atos colegiados ou coletivos são aqueles nos quais concorrem as vontades não autônomas de diversos sujeitos, integrantes de um mesmo órgão, para que o ato exista. A hipótese é daqueles órgãos de composição colegiada, daí preferir-se, particularmente, a designação de atos colegiados.
> Decidem eles por maioria ou unanimidade, mas o ato que daí emana é um só, resultante da soma de vontades dos integrantes do órgão coletivo que no mesmo sentido se pronunciaram. […] A decisão é una, é decisão do Conselho, não decisão de cada qual dos seus integrantes que no mesmo sentido haja votado. Como é fácil perceber, a situação é idêntica em face de decisões que hajam de ser tomadas por Tribunais em colegiado […].
> Tratando-se de mandado de segurança impetrado em face de ato de órgão colegiado, o respectivo presidente é que deverá ser indicado como autoridade coatora, cabendo sua notificação para prestar informações."[1]

Corroborando tal entendimento, valho-me dos seguintes precedentes jurisprudenciais, unânimes em reconhecer o cabimento da ação mandamental em face de ato proferido por órgão colegiado:

> 1. Mandado de Segurança: identificação da autoridade coatora: *irrelevância de a petição ser literalmente dirigida contra o Presidente do Tribunal de Contas, se da sua exposição se conclui que o ato impugnado e induvidosamente do colegiado, devendo-se ter a menção ao seu Presidente como enderecada ao órgão individual de representação da Corte em juízo.*
> 2. Fundo de Participação dos Municípios: Resolução do TCU, que fixa os coeficientes de determinado Município, com base em estimativas populacionais do IBGE: impugnação com base em alegações de população superior, fundada em outros dados de fato: ausência de direito liquido e certo a pretendida elevação de coeficiente. (STF, MS 21268, Relator(a): Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, TRIBUNAL PLENO, julgado em 05/12/1991, DJ 21-02-1992 PP-01693 EMENT VOL-01650-01 PP-00072 RTJ VOL-00139-01 PP-00133)

[1] DECOMAIN, Pedro Roberto. Mandado de Segurança (o Tradicional, o Novo e o Polêmico na Lei 12.016/2009). São Paulo: Dialética, 2009.

PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. PRECATÓRIO PARCELADO NOS MOLDES DO ART. 78 DO ADCT. NÃO PAGAMENTO DE PARCELAS NAS DATAS DE VENCIMENTO. PRETERIÇÃO DO PAGAMENTO. SEQUESTRO DE VERBAS PÚBLICAS. IMPETRAÇÃO DE *WRIT OF MANDAMUS*. DECADÊNCIA AFASTADA.

1. Os atos praticados no bojo de precatório pela Presidência ou pelo colegiado do Tribunal encerram caráter administrativo e, portanto, são impugnáveis via mandado de segurança, consoante súmula n. 311/STJ: "Os atos do presidente do tribunal que disponham sobre processamento e pagamento de precatório não têm caráter jurisdicional".

2. Ademais, é pacífico o entendimento no STJ no sentido de que a fluência do prazo decadencial para a impetração de mandado de segurança tem início na data em que o interessado tem ciência inequívoca do ato atacado.

3. Sob esse enfoque, tendo em vista que o presente mandado de segurança foi impetrado pela Fazenda Pública contra acórdão proferido pelo órgão especial do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, que entendeu por bem denegar a ordem e manter a determinação de sequestro de rendas públicas, em decorrência de preterição na ordem de pagamento de precatórios, é forçoso concluir que é desse ato que deve-se iniciar a contagem do prazo decadencial para a impetração do *writ* e não da decisão do Presidente do Tribunal, que deferiu o pedido de sequestro.

4. Isso quer dizer que o termo inicial do prazo para a impetração varia de acordo com o ato impugnado (se da decisão do Presidente do Tribunal de Justiça que deferiu o pedido de sequestro de verba pública ou se da decisão colegiada), cuja escolha fica à critério do impetrante. 5. No caso em foco, infere-se dos autos que a recorrente tomou ciência da decisão que deferiu o pedido de sequestro em 1º de junho de 2007 (fl. 361) e que o referido *decisum* foi mantido pelo órgão especial em acórdão publicado em 8.2.2008 (fl. 426), sendo que o *writ of mandamus* foi impetrado no dia 15 de fevereiro de 2008 (fls. 02), portanto, tempestivamente.

6. Com essas considerações, afasto a decadência do mandado de segurança, para acompanhar o entendimento perfilhado pela Turma que integro (RMS 28692/SP, Rel. Ministro Benedito Gonçalves, Rel. p/ Acórdão Ministro Luiz Fux, Primeira Turma, julgado em 9/6/2009, DJe 29/9/2009).

7. Recurso ordinário em mandado de segurança provido, para afastar a decadência e determinar o retorno dos autos à origem, para julgamento do mérito da lide como entender de direito. (STJ. ROMS n. 29576. Primeira Turma. Rel. Min. Benedito Gonçalves. DJE DATA:01/12/2009)

PROCESSO CIVIL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. SENTENÇA CONCESSIVA DE SEGURANÇA. EFEITO SUSPENSIVO RESTABELECIMENTO DE INSCRIÇÃO NO CONSELHO REGIONAL DE MEDICINA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO.

1. "A sentença de natureza mandamental, antes de transitada em julgado, por ser cumprida provisoriamente e imediatamente via simples notificação por ofício, independentemente de caução ou de carta de sentença" (STJ, 1ª Turma, RMS nº 2019-8/CE, Rel. Min. Milton Luiz Pereira, j. 18.4.94, negaram provimento, unânime, DJU 23.5.94, p. 12550, 2ª col. em).

2. Além dos casos excepcionais de manifesta ilegalidade da decisão e dano irreparável ou de difícil reparação, as únicas hipóteses, legalmente previstas, em que não cabe a execução imediata da sentença, referem-se à concessão de aumento ou extensão de vantagens a servidores públicos (Lei nº 4.348/64, art. 5º, parágrafo único, e art. 7º) e ao deferimento da suspensão da segurança pelo Presidente do respectivo Tribunal (art. 4º da Lei nº 4.348).

3. "O julgamento de recurso administrativo torna vinculante para a Administração seu pronunciamento decisório e atribui definitividade ao ato apreciado em última instância. Daí por diante, é imodificável pela própria Administração e só o Judiciário poderá reapreciá-lo e dizer de sua legitimidade" (Hely Lopes Meirelles, *in* Direito Administrativo Brasileiro, 18ª edição, p. 142).

4. Embora autônomos, o Conselho Regional de Medicina e o Conselho Federal de Medicina são órgãos investidos da mesma jurisdição administrativa em grau hierárquico. Das decisões proferidas pelo Conselho Regional (1ª instância) cabe, segundo a lei, recurso hierárquico, *ex-officio* ou voluntário, para o Conselho Federal (2ª instância).

5. Assim, diante da existência de apelação e de reexame necessário, como no caso em julgamento, prevalece a decisão do órgão superior, que produz coisa julgada administrativa, vinculante do órgão inferior. 6. No controle judicial de legalidade do ato, por via de mandado de segurança, parte legitimada para compor a relação processual é o dirigente do órgão colegiado que proferiu a decisão final, operante e exequível, sem necessidade de vir integrar a lide representante de colegiado inferior, que participou da formação do mesmo ato, como ocorre com as decisões das Juntas e Conselho de Recursos da Previdência Social ou de Conselhos de Contribuintes. 7. Diversamente dos atos complexos - em que coatores, segundo a jurisprudência, são, além da última autoridade que neles interveio para seu aperfeiçoamento, todos os que tiveram parcela de participação - nos atos compostos, típicos dos órgãos colegiados, coator é a autoridade que pratica o ato principal e final.

> 8. A conversão de agravo de instrumento em suspensão da segurança é inadequada e imprópria, uma vez que ambos têm rito processual diferenciado e competência distinta. Demais, não configura grave lesão à ordem administrativa simples despacho que, nos termos da lei, recebe apelação em mandado de segurança no efeito tão-só devolutivo.
> 9. Agravo não provido. (TRF 1ª Região. AG 9601212515. PRIMEIRA TURMA. Rel. JUIZ ALOÍSIO PALMEIRA. DJ DATA:10/12/1998 PAGINA:80)

Na presente hipótese, em que a impetração dirige-se em face de ato colegiado emanado do Tribunal de Contas Estadual, representado pelo seu Presidente, reputo por cabível a impetração em testilha.

Feita esta análise primeva, necessária à boa compreensão do processo, diviso que o feito em deslinde encontra-se pronto para julgamento, razão por que passo, de plano, à apreciação da preliminar suscitada pela autoridade impetrada.

2.1. Da preliminar de impossibilidade jurídica do pedido.

A título de questionamento preliminar, indaga o ínclito Presidente do Tribunal de Contas dos Municípios a impossibilidade jurídica do pedido formulado pelo impetrante, por comandar incursão indevida do Poder Judiciário no mérito de ato administrativo.

Nesse tocante, há que ser considerado que a *causa petendi* fixada na ação de segurança não ataca o estofo meritório encartado nos atos impugnados, mas a sua validade em face da Constituição da República, arrimando-se, muito mais, na viabilidade jurídica do Tribunal de Contas, no gozo das suas atribuições institucionais, aplicar punição pecuniária ao Chefe do Executivo, sem esboçar qualquer questionamento acerca dos motivos que nortearam a decisão administrativa impugnada neste *writ*.

À luz dessa premissa, tenho que não prospera a tese aventada pela autoridade apontada como coatora. Decerto, o mérito do ato administrativo – intocável, em tese, pelo Poder Judiciário – diz respeito, na precisa lição de Hely Lopes Meirelles[2] , ao *"juízo de conveniência, oportunidade e justiça do ato a realizar"*.

No entanto, no caso em tablado, o que se questiona, exatamente, é a adequação dos atos impugnados aos padrões de existência e de validade jurídicas, com a prevenção de eventuais efeitos lesivos dele decorrentes, o que se submete à alçada do Poder Judiciário.

Nessa esteira, o seguinte aresto do Superior Tribunal de Justiça:

[2] MEIRELLES, Hely Lopes. Direito Administrativo Brasileiro. 18ª ed, São Paulo: Malheiros Editores, 1993, p. 138.

> ADMINISTRATIVO. PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. XIX CONCURSO PÚBLICO DE ADMISSÃO AO EXERCÍCIO NAS ATIVIDADES NOTARIAIS E DE REGISTRO NO ESTADO DO RIO DE JANEIRO. ILEGALIDADE DOS ATOS DE DELEGAÇÃO. INOBSERVÂNCIA DA ORDEM CLASSIFICATÓRIA E DOS PRINCÍPIOS DA LEGALIDADE E PUBLICIDADE. ANULAÇÃO. DIREITO LÍQUIDO E CERTO DE CANDIDATO PRETERIDO À REALIZAÇÃO DE NOVA ESCOLHA DE SERVENTIA, ENTRE AQUELAS ILEGALMENTE ATRIBUÍDAS. RECURSO CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO.
>
> […]
>
> 5. O Poder Judiciário, em controle de constitucionalidade e de legalidade, atua como legislador negativo. Não cria direitos. Todavia, pode e deve reconhecer abusos e ilegalidades cometidas pelo Poder Público e condenar a autoridade impetrada na obrigação de fazer, indispensável para permitir ao impetrante o exercício do direito líquido e certo violado.
>
> 6. Recurso ordinário parcialmente provido para anular o ato de exclusão do recorrente e determinar à autoridade impetrada que lhe permita, observada a ordem de classificação e regular convocação dos litisconsortes passivos, o exercício do direito de escolha entre aquelas serventias ilegalmente atribuídas a outros candidatos. (Superior Tribunal de Justiça STJ; RMS 17591; RJ; Quinta Turma; Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima; Julg. 15/09/2005; DJU 10/10/2005; Pág. 396)

Nessa perspectiva, afasto a preliminar suscitada.

Assim solucionada a preliminar agitada na espécie, passo ao seu enfrentamento meritório.

2.2. Do mérito do *mandamus*.

Cônsono o já assinalado linhas transatas, a impetração em tablado impugna ato emanado do Tribunal de Contas dos Municípos do Estado, que aplicou, ao impetrante, multa no valor de 532,05 (quinhentos e trinta e dois reais e cinco centavos), objetivando a suspensão dos seus efeitos, com a exclusão do nome do impetrante do cadastro da dívida ativa do Município de Sobral.

No que tange ao ponto de controvérsia, diviso que, na hipótese em concreto, a circunstância determinadora da aplicação da sanção impugnada no *writ* em destrame, consoante o v. Acórdão prolatado pelo Tribunal de Contas dos Municípios do Ceará (fls. 67/70), derivou da apresentação, a destempo, da Prestação de Contas do Município de Sobral, concernente ao Exercíco de 1997, que importou violação ao art. 42, § 4º, da

Constituição do Estado do Ceará.

Referida infração, vale dizer, possui feição tipicamente administrativa, enquadrando-se, por conseguinte na acepção de ato de gestão, de molde a autorizar a atuação do Órgão de controle externo conforme previsão expressa do art. 71, inciso VIII, da Carta Republicana, *verbis:*

> Art. 71. O controle externo, a cargo do Congresso Nacional, será exercido com o auxílio do Tribunal de Contas da União, ao qual compete:
> […]
> VIII - aplicar aos responsáveis, em caso de ilegalidade de despesa ou irregularidade de contas, as sanções previstas em lei, que estabelecerá, entre outras cominações, multa proporcional ao dano causado ao erário;

Pondero, ainda, o que reza o art. 1°, incisos III, "a", e VI, da Lei Estaudal nº 12.160/93 (Lei Orgânica do Tribunal de Contas dos Municípios do Estado do Ceará) que, em consonância com o nuper-citado art. 71, inciso VIII, da Constituição Federal, assim determina:

> Art. 1°. Ao Tribunal de Contas dos Municípios, órgão de controle externo, compete, nos termos da Constituição Estadual e na forma estabelecida nesta Lei:
> […]
> III- julgar as contas:
> a) dos administradores, inclusive as das Mesas das Câmaras Municipais e demais responsáveis por dinheiro, bens e valores públicos da administração direta e indireta, incluídas as fundações e sociedades instituídas, mantidas pelo Poder Público Municipal e as contas daqueles que derem causa a perda, extravio ou outra irregularidade de que resulte prejuízo ao erário;
> […]
> VI - aplicar aos responsáveis pela prática de ilegalidade de despesas, irregularidades de contas, atraso no envio da prestação de contas, as sanções previstas nesta lei, que estabelecerá, entre outras cominações, multa proporcional ao dano causado ao Erário.

No respeitante aos atos emanados das Cortes de Contas, saliento que o Pleno deste Egrégio Tribunal, seguindo orientação jurisprudencial plasmada no âmbito do Superior Tribunal de Justiça, vem admitindo sua validade, sobretudo quando aplicarem sanção pecuniária por ato de gestão irregular.

Com efeito, a orientação firmada nesta Corte funda-se na atuação constitucional dos Tribunais de Contas que, na esteira do disposto no art. 71 da Carta

Republicana, cinge-se ao controle externo da atuação da administração pública, seja na qualidade de órgão auxiliar seja na de órgão julgador.

Frise-se que, no respeitante aos atos de governo, tipicamente políticos e materializados na apreciação das contas prestadas pelo Poder Executivo, a Corte de Contas reveste-se da qualidade de órgão auxiliar do Legislativo.

D'outra banda, ao proceder à análise dos atos de gestão do governante, o Tribunal de Contas assume nítida dimensão jurisdicional, que lhe autoriza, inclusive, a aplicação de multa pela prática de irregularidades pelo gestor da coisa pública.

Nesse sentido, irretocável o pronunciamento da insigne Ministra Eliana Calmon ao julgar o RMS nº 12.402/CE, *litteris:*

> "Não se tem dúvida de que as contas dos chefes do Executivo, nos três níveis da Federação, devem ser prestadas ao Legislativo, que exerce o controle externo com o auxílio do Tribunal de Contas. Assim, no controle político, vale-se o Legislativo do órgão técnico, conforme estabelecido na CF/88 - arts. 49, inciso IX, c/c 71. Observados os diversos incisos do art. 71, identificamos, entre as atividades do Tribunal de Contas, a apreciação das contas, atuando ele como órgão opinativo; APRECIA e emite PARECER PRÉVIO (inciso I); e a atribuição de JULGAR as contas daqueles que derem causa à perda, extravio ou outras irregularidades de que resulte prejuízo ao erário público (inciso II). ***Partindo-se da idéia de que não contém a Constituição palavras inúteis e de que se estendem os princípios constitucionais às três esferas de Poder - União, Estados e Municípios -, podemos afirmar que nos Estados o Tribunal de Contas funciona com a dupla atribuição: órgão auxiliar e órgão julgador. A diferença de atribuições fica na dependência do que se coloca para apreciação. No exercício da função política de gerência estatal, quando são examinados os atos de império na confecção, atuação e realização orçamentária, é o Tribunal órgão opinativo e, como tal, assessora tecnicamente o Legislativo, a quem compete o julgamento das contas do chefe político: Prefeito, Governador e Presidente da República (art. 71, inciso I, c/c o art. 49, IX, da CF/88). Diferentemente, quando examina o agir do ordenador de despesas, o Tribunal de Contas vai além, porque lhe compete julgar tais contas.***" (RMS 13.499/CE, Rel. Ministra ELIANA CALMON, SEGUNDA TURMA, julgado em 13/08/2002, DJ 14/10/2002 p. 198).

Referido entendimento, destaco, já restou inclusive acolitado por esta Egrégia Corte, consoante se vê dos seguintes arestos, *verbis:*

EMENTA: MANDADO DE SEGURANÇA. DIREITO FINANCEIRO. DECADÊNCIA DO DIREITO DE IMPETRAR O *MANDAMUS*. INOCORRÊNCIA. ALEGAÇÃO DE ILEGALIDADE DA COBRANÇA DE MULTA PELO TRIBUNAL DE CONTAS DOS MUNICÍPIOS. DESCABIMENTO. COMPETÊNCIA DO ÓRGÃO DE CONTAS PARA JULGAR E ESTABELECER SANÇÕES REFERENTES AOS ATOS DE GESTÃO. LEGALIDADE RECONHECIDA PELA COMBINAÇÃO DOS ARTS. 71, II e VIII, e 75 da CONSTITUIÇÃO FEDERAL, BEM COMO PELO ART. 1º, III, a, e VI, da Lei 12.160/93. ORDEM DENEGADA. (TJ-CE; MS 18679-36.2005.8.06.0000/0. Tribunal Pleno. Rel. Des. Francisco Haroldo R. de Albuquerque; j. em 14.05.2009).

CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA (CF, ART. 5º, LXIX). ATO DO PRESIDENTE DO TRIBUNAL DE CONTAS DOS MUNICÍPIOS. APLICAÇÃO DE MULTA A EX-PRESIDENTE DE CÂMARA MUNICIPAL. RELATÓRIO DE GESTÃO FISCAL (LC N. 101/2000. LRF -, ARTS. 54 E 55, § 2º). REMESSA INTEMPESTIVA AO TRIBUNAL DE CONTAS. INFRAÇÃO ADMINISTRATIVA (LEI N. 10.028/2000, ART. 5º, INC. I). CARACTERIZAÇÃO. POSSIBILIDADE DE FIXAÇÃO DO PRAZO DE REMESSA POR ATO NORMATIVO INFRALEGAL. AUSÊNCIA DE VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA LEGALIDADE. FUNÇÃO DE FISCALIZAÇÃO DAS CONTAS PÚBLICAS CONSTITUCIONALMENTE CONFERIDA AOS TRIBUNAIS DE CONTAS (CF, ARTS. 71, 73 CAPUT, 75 E 96). NÃO CONFIGURAÇÃO DE ILEGALIDADE OU ABUSO DE PODER.

1. Em que pese a Lei Complementar n. 101/2000 mencionar, tão-somente, a necessidade de emissão e publicação do relatório de gestão fiscal (Lei Complementar n. 101/2000, arts. 54 e 55, § 2º), a Lei Federal n. 10.028/2000, em seu art. 5º, inc. I, prevê expressamente a obrigatoriedade de envio do relatório de gestão fiscal ao tribunal de contas competente, nos prazos e condições estabelecidos em Lei, sob pena de configurar infração administrativa punível com aplicação de multa, a ser apurada pelo tribunal de contas a que competir a fiscalização contábil, financeira e orçamentária da pessoa jurídica de direito público envolvida.

2. A fixação do prazo para envio do relatório de gestão fiscal por Instrução Normativa expedida pelo respectivo tribunal de contas não caracteriza violação ao princípio da legalidade. Precedentes do eg. Superior Tribunal de Justiça.

3. É que, analisando-se a legislação aplicável, precisamente os dispositivos

> constitucionais que tratam acerca dos tribunais de contas, constata-se que foi conferido a esses órgãos de fiscalização a prerrogativa para, inclusive através de atos normativos infralegais, dispor sobre a sua competência e funcionamento (CF, art. 73, *caput*, c/c os arts. 75 e 96, inc. I, alínea "a").
> 4. Dessa forma, como compete aos tribunais de contas auxiliar o poder legislativo no controle externo, mediante fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial do ente federado e das entidades da administração direta e indireta, quanto à legalidade, legitimidade, economicidade, aplicação das subvenções e renúncia de receitas (CF, arts. 70, caput, e 71, *caput*), é possível que o próprio órgão de contas, através de atos infralegais, estabeleça prazo para o cumprimento de normas de finanças públicas, tais como o envio do relatório de gestão fiscal a que se referem os dispositivos legais acima referidos.
> 5. A adoção de entendimento contrário tornaria inócuos os dispositivos constitucionais e legais que tratam acerca da fiscalização, pelos tribunais de contas, das despesas e receitas públicas, e acabaria violando o princípio sensível consistente na obrigatoriedade de prestação de contas pelos agentes públicos (CF, arts. 34, inc. VII, alínea "d", e 35, inc. II).
> ***6. Assim, na hipótese dos autos, a remessa do relatório de gestão fiscal pelo impetrante muito depois de findo o prazo previsto no art. 8º da Instrução Normativa n. 03/2000 do tribunal de contas dos municípios caracteriza infração administrativa, não havendo que se falar em ilegalidade ou abuso de poder na aplicação de multa ao gestor público.***
> 7. Segurança denegada. (TJ-CE; MS 2006.0019.4133-0/0; Tribunal Pleno; Rel. Desig. Des. Raul Araújo Filho; DJCE 22/09/2009)

Destaco, do voto condutor do Mandado de Segurança nº 18679-36.2005.8.06.0000/0, da Relatoria do insigne Desembargador Francisco Haroldo Rodrigues de Albuquerque, o excerto a seguir transcrito:

> "As contas de gestão, por sua vez, são aquelas relacionadas aos atos específicos da gestão administrativa, analisados caso a caso, concretamente, tal como a compra de um dado bem, o superfaturamento de uma determinada obra, ou mesmo, como ocorre *in casu*, o atraso no envio de documentos exigidos por lei ao órgão de contas. Nesses casos, o papel do TCM é de natureza jurisdicional, cabendo-lhe o julgamento técnico de tais contas e aplicação de multa, acaso existentes irregularidades praticadas pelos administradores quando da gestão do dinheiro público"

Nesse horizonte, não há falar em incompetência do Tribunal de Contas dos

Municípios para imputação de penas pecuniárias ao gestor público municipal. Ainda nesse específico tocante, valho-me do seguinte aresto do STJ, *litteris*:

> ADMINISTRATIVO. RECURSO ORDINÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA. APLICAÇÃO DE MULTA A PREFEITO PELO TRIBUNAL DE CONTAS DOS MUNICÍPIOS. APRESENTAÇÃO DO RELATÓRIO RESUMIDO DE EXECUÇÃO ORÇAMENTÁRIA - RREO APÓS O ENCERRAMENTO DO PRAZO DESIGNADO PELO ART. 6º DA RESOLUÇÃO NORMATIVA RN-TCM N. 008/00. LEI DE RESPONSABILIDADE FISCAL, ARTS. 52, 53 E 63. AUSÊNCIA DE NOTIFICAÇÃO DA INSTAURAÇÃO DO PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO. OFENSA AO PRINCÍPIO DO DEVIDO PROCESSO LEGAL E SEUS DESDOBRAMENTOS: CONTRADITÓRIO E AMPLA DEFESA. ILEGALIDADE DO ATO. DIREITO LÍQUIDO E CERTO VIOLADO. ANULAÇÃO DO PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO.
> […]
> *2. É competente o Tribunal de Contas para estabelecer procedimento administrativo e imputar multa em decorrência do cumprimento de sua missão de praticar atos de fiscalização, conforme previsão contida na CF/88, art. 71, VIII e repetida na Constituição do Estado de Goiás. Ainda, o art. 73 da CF/88 confere aos Tribunais de Contas as competências do art. 96, I, "a", dando-lhes o fundamento para elaborarem os seus regimentos internos. Portanto, a própria Carta Magna concede aos Tribunais força normativa de lei relativamente às matérias de suas atribuições pelos instrumentos regulamentares - Regimento Interno ou Resoluções. Nesse mister, tem respaldo a exigência de prazos para a apresentação dos documentos essenciais à sua atividade, como, no caso concreto, em que a Resolução Normativa RN-TCM n. 008/00, art. 6º, assinala o prazo de 45 dias para que os municípios entreguem o RREO, hipótese, portanto, que não se reveste de nenhuma espécie de ilegalidade.*[…] (RMS 24.043/GO, Rel. Ministro JOSÉ DELGADO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 04/09/2007, DJ 04/10/2007 p. 173).

Lapidar, ainda, o seguinte precedente firmado pelo Pretório Excelso, reconhecendo a competência do Tribunal de Contas para, no exercício do seu múnus fiscalizatório, aplicar ao responsável as sanções em lei admitidas:

> MANDADO DE SEGURANÇA. TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. COMPETÊNCIA. ART. 71, II, DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL E ART. 5º, II E VIII, DA LEI N. 8.443/92. TOMADA DE CONTAS ESPECIAL. VIOLAÇÃO AOS ARTS. 148 A 182 DA LEI N. 8.112/90. INOCORRÊNCIA. PROCEDIMENTO DISCIPLINADO NA LEI N. 8.443/92. AJUIZAMENTO DE AÇÃO CIVIL PÚBLICA.

> PREJUDICIALIDADE DA TOMADA DE CONTAS ESPECIAL. IMPOSSIBILIDADE. INDEPENDÊNCIA ENTRE AS INSTÂNCIAS CIVIL, PENAL E ADMINISTRATIVA. QUESTÃO FÁTICA. DILAÇÃO PROBATÓRIA. IMPOSSIBILIDADE. SEGURANÇA DENEGADA.
> *1. A competência do Tribunal de Contas da União para julgar contas abrange todos quantos derem causa a perda, extravio ou outra irregularidade de que resulte dano ao erário, devendo ser aplicadas aos responsáveis, em caso de ilegalidade de despesa ou irregularidade de contas, as sanções previstas em Lei, Lei que estabelecerá, entre outras cominações, multa proporcional ao dano causado aos cofres públicos [art. 71, II, da CB/88 e art. 5º, II e VIII, da Lei n. 8.443/92]*.
> 2. A tomada de contas especial não consubstancia procedimento administrativo disciplinar. Tem por escopo a defesa da coisa pública, buscando o ressarcimento do dano causado ao erário. Precedente [MS n. 24.961, Relator o Ministro Carlos Velloso, DJ 04.03.2005].
> 3. Não se impõe a observância, pelo TCU, do disposto nos artigos 148 a 182 da Lei n. 8.112/90, já que o procedimento da tomada de contas especial está disciplinado na Lei n. 8.443/92.
> 4. O ajuizamento de ação civil pública não retira a competência do Tribunal de Contas da União para instaurar a tomada de contas especial e condenar o responsável a ressarcir ao erário os valores indevidamente percebidos. Independência entre as instâncias civil, administrativa e penal.
> 5. A comprovação da efetiva prestação de serviços de assessoria jurídica durante o período em que a impetrante ocupou cargo em comissão no Tribunal Regional do Trabalho da 1ª Região exige dilação probatória incompatível com o rito mandamental. Precedente [MS n. 23.625, Relator o Ministro MAURÍCIO Corrêa, DJ de 27.03.2003].
> 6. Segurança denegada, cassando-se a medida liminar anteriormente concedida, ressalvado à impetrante o uso das vias ordinárias. (Supremo Tribunal Federal STF; MS 25.880-2; DF; Tribunal Pleno; Rel. Min. Eros Grau; Julg. 07/02/2007; DJU 16/03/2007; Pág. 22)

Nesse aspecto, não ressumbra ilegalidade no acórdão objeto da impugnação em certame, de molde a se visualizar direito líquido e certo a ser tutelado pela via mandamental.

3. DISPOSITIVO – CONCLUSÃO

Por todo o exposto, DENEGO A SEGURANÇA SUPLICADA, à míngua de prova robusta da ilegalidade indicada pelos impetrantes.

É como voto.

Fortaleza/CE, 24 de fevereiro de 2011.

MANDADO DE SEGURANÇA Nº 7648-77.2009.8.06.0001/0
IMPETRANTE: FRANCISCA IRENE JULIÃO
IMPETRADO: SECRETÁRIO DE PLANEJAMENTO E GESTÃO DO ESTADO DO CEARÁ
RELATOR: DESEMBARGADOR ADEMAR MENDES BEZERRA

EMENTA: CONSTITUCIONAL. MANDADO DE SEGURANÇA. ESCRIVÃ DE POLÍCIA CIVIL DO ESTADO DO CEARÁ. PROGRESSÃO HORIZONTAL PREVISTA NO ART. 70 DA LEI Nº 12.124/1993. VANTAGEM VENCIMENTAL SUPRIMIDA PELA LEI ESTADUAL Nº 12.913/1999. ATO COMISSIVO ÚNICO DOTADO DE EFEITOS CONCRETOS E PERMANENTES. *WRIT OF MANDAMUS* IMPETRADO QUASE DEZ ANOS APÓS A VIGÊNCIA DA NORMA QUE MODIFICOU A SITUAÇÃO JURÍDICA DA SERVIDORA PÚBLICA PERANTE A ADMINISTRAÇÃO. DECADÊNCIA DA IMPETRAÇÃO. INCIDÊNCIA DO ART. 23 DA LEI Nº 12.016/2009. PRECEDENTES DO TJCE.

I – Restou demonstrado que a impetrante postula a integração ao seu patrimônio jurídico da vantagem vencimental denominada progressão horizontal, prevista na Lei nº 12.124/1993, e que foi suprimida por força da Lei estadual nº 12.913/1999.

II – Impetrada a lide heroica quase dez anos após a vigência da lei que modificou a situação jurídica da servidora perante a administração pública, salutar o reconhecimento da decadência da impetração, à luz do art. 23 da Lei nº 12.016/2009.

EXTINÇÃO DO PROCESSO COM RESOLUÇÃO DO MÉRITO (ART. 267, IV, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL.)

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de mandado de segurança nº 7648-77.2009.8.06.0001/0, em que figuram as partes acima indicadas, acordam os excelentíssimos Desembargadores integrantes do egrégio Tribunal Pleno do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, à unanimidade, em reconhecer a decadência da impetração, extinguindo o processo com resolução do mérito (art. 267, IV, do CPC), na conformidade do voto do relator.

Fortaleza, 5 de maio de 2011.

RELATÓRIO

Francisca Irene Julião impetrou mandado de segurança contra ato ilegal e abusivo atribuído ao Secretário de Planejamento e Gestão do Estado do Ceará que não estaria efetuando o cálculo de sua gratificação por tempo de serviço de acordo com a disposição contida nos arts. 70 e seguintes da Lei estadual nº 12.124/1993.

A impetrante afirma que até o mês de julho de 2008 percebia, nos seus vencimentos, a vantagem alusiva à gratificação por tempo de serviço no importe de quinze por cento, pretendendo que tal parcela incida sobre a totalidade da sua remuneração, nos termos da Lei estadual nº 12.124/1993, ou seja, sobre o vencimento-base, acrescido das demais vantagens pecuniárias a que tem direito.

Amparada nesta fundamentação, pugnou pelo deferimento de liminar para que se processe de imediato à correção dos valores e, no mérito, a confirmação da medida *initio litis,* com a concessão da segurança impetrada.

Foram carreados aos autos os documentos de fls. 15/26.

Distribuídos em favor do em. Desembargador Luiz Gerardo de Pontes Brígido, foram requisitadas informações à autoridade apontada coatora (fl. 31).

Informes às fls. 36/42. Sustentou a autoridade impetrada as preliminares de decadência e de impossibilidade jurídica do pedido. No mérito, alegou que os dispositivos legais que previam a progressão horizontal para os membros da Polícia Civil do Estado do Ceará teriam sido revogados pelas Leis nº 12.913/1999 e 14.218/2008, instituindo-se a remuneração por subsídio para os integrantes da carreira da Polícia Civil, com a extinção da gratificação postulada, sendo absorvidas todas as demais parcelas remuneratórias até então percebidas.

Sustenta que, mesmo que ainda estivessem vigentes os revogados artigos da Lei nº 12.124/1993, não se vislumbraria respaldo jurídico na pretensão constante da impetração, eis que o art. 37, XIV, da Constituição Federal veda a percepção de vantagens calculadas sobre outras vantagens.

A medida liminar foi indeferida por meio do *decisum* de fl. 44.

Instada a se manifestar, a douta Procuradora Geral de Justiça ofereceu o opinativo de fls. 48/54 pelo reconhecimento da decadência, já que decorridos mais de cento e vinte dias entre a edição da Lei estadual nº 12.913/1999, que extinguiu de forma expressa a gratificação por tempo de serviço, e a impetração do presente *writ of mandamus.*

Por força do despacho de fl. 55, coube-me exercer a relatoria do feito (fl. 57).

É o relatório.

VOTO

A presente ação mandamental foi impetrada com o objetivo de garantir à impetrante o direito à percepção da progressão horizontal sobre os seus vencimentos, ou seja, sobre o vencimento-base acrescido de todas as vantagens pecuniárias, prevista no art. 70 da Lei estadual nº 12.124/1993, cuja redação é a seguinte:

> Art. 70 - A progressão horizontal é o percentual calculado sobre o vencimento, a que faz jus o servidor, por qüinquênio de efetivo exercício, caracterizando-se como recompensa da antigüidade funcional. (Revogado

> pela Lei n° 12.913, de 17.06.99)
>
> § 1º - A cada cinco (05) anos de efetivo exercício corresponderá cinco por cento (5%) calculado sobre a retribuição correspondente ao padrão, nível ou símbolo do cargo a que esteja vinculado o servidor, salvo nos casos de Delegado de Polícia
>
> § 2º - A progressão horizontal é devida a partir do dia imediato àquele em que o funcionário completar cinco (05) anos de efetivo exercício, quer ocupe cargo efetivo ou em comissão e será incluída automaticamente em folha de pagamento, após a devida opção do servidor, independente de requerimento.
>
> § 3º - Será computado, para efeito de progressão horizontal, o tempo de serviço prestado em cargo, emprego ou função, integrantes da Administração Direta ou Indireta, federal, estadual ou municipal, mesmo que submetido ao regime da legislação trabalhista.
>
> § 4º - A ascensão funcional de servidor não interromperá a progressão horizontal, que passará a ser calculada pelo padrão, nível ou símbolo do novo cargo.

Ocorre que, conforme aduziu a autoridade coatora, tal parcela foi revogada pela Lei Estadual nº 12.193/1999, publicada no Diário Oficial do Estado do Ceará de 18 de junho de 1999.

Extinta a parcela remuneratória cuja forma de cálculo se pretende alterar, deveria a parte impetrante ter promovido a ordem constitucional antes do exaurimento do prazo decadencial.

Com efeito, a publicação da Lei Estadual nº 12.913/1999 aos 18/06/1999 marca o termo inicial para o cômputo do prazo decadencial de 120 (cento e vinte) dias.

Cuida-se, em verdade, de ato comissivo único de efeitos concretos e permanentes.

Se a mencionada vantagem foi suprimida por dispositivo legal, o ajuizamento da impetração em 17 de fevereiro de 2009, ou seja, quase 10 (dez) anos após, forçoso reconhecer que não foi observado o prazo decadencial para impetração do mandado de segurança.

No mesmo sentido já decidiu esta Egrégia Corte:

> Ementa: MANDADO DE SEGURANÇA. DIREITO CONSTITUCIONAL. DELEGADO DA POLÍCIA CIVIL DO ESTADO DO CEARÁ. PROGRESSSÃO HORIZONTAL. ART. 70, LEI 12.124/1993. VANTAGEM PECUNIÁRIA SUPRIMIDA PELA LEI ESTADUAL Nº 12.913/1999. ATO COMISSIVO ÚNICO, COM EFEITOS CONCRETOS E PERMANENTES. DECADÊNCIA DA IMPETRAÇÃO. EXTINÇÃO DO PROCESSO COM RESOLUÇÃO DE MÉRITO. ART. 269, IV, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. PRECEDENTES.

1 - A supressão de vantagem dos vencimentos ou proventos dos servidores públicos, por força de lei, consubstancia-se em ato único de efeitos concretos. Assim, tem-se como marco inicial para a contagem do prazo decadencial para impetração do *mandamus* a data da publicação da norma.
2 - A publicação da Lei Estadual nº 12.913/1999 marca o termo inicial para cômputo do prazo decadencial de 120 (cento e vinte) dias previsto no art. 18 da Lei nº 1.533/1951. Precedentes.
3 - Mandado de segurança extinto com resolução do mérito. Art. 269, IV, CPC. (Mandado de Segurança nº 14397-13.2009.8.06.0000, Rel. Desembargadora Edite Bringel Olinda Alencar, julgado em 22/04/2010)

Ementa: DIREITO ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. SERVIDOR PÚBLICO ESTADUAL. INSPETOR DE POLÍCIA CIVIL. GRATIFICAÇÃO POR TEMPO DE SERVIÇO. PROGRESSÃO HORIZONTAL. SUPRESSÃO POR LEI DE EFEITOS CONCRETOS. IMPETRAÇÃO QUE VISA REESTABELECER BENEFÍCIO EXTINTO HÁ MAIS DE 09 (NOVE) ANOS. PRESCRIÇÃO DO FUNDO DE DIREITO. EXTINÇÃO DO PROCESSO COM RESOLUÇÃO DE MÉRITO.
1. O início do prazo prescricional, não começa a fluir com o ato administrativo que supostamente reduziu os vencimentos ou proventos do servidor, mas sim, com a entrada em vigor da própria lei que suprimiu o seu direito, eis que caracterizada como lei de efeitos concretos.
2. Da entrada em vigor da Lei 12.913/99 (junho de 1999) e a impetração do mandado de segurança de que se cuida (março de 2009), decorreu lapso temporal de mais de 09 (nove) anos, o que fulmina absolutamente a sua pretensão, face a ocorrência da prescrição do fundo de direito, que se dá em cinco anos. (Mandado de Segurança Nº 7004-37.2009.8.06.0000/0, Rel. Desembargador Haroldo Correia de Oliveira Máximo, julgado em 04/02/2010)

Ex positis, em consonância com o parecer da douta Procuradora Geral de Justiça, e constatada a decadência para o impetração da ação mandamental, voto pela extinção do processo nos termos do art. 269, VI, do CPC.

Sem honorários advocatícios (Súmula nº 512 do STF e art. 25 da Lei nº 12.016/2009).

É como voto.

Fortaleza, 05 de maio de 2011.

Sentença de 1º Grau

PROCESSO N° 2008.0013.4428-1.
REQUERENTE: SAMARA RAQUEL MAIA BARBOSA.
NATUREZA DA AÇÃO: ALVARÁ JUDICIAL.
FERNANDO ANTÔNIO MEDINA DE LUCENA
JUIZ DE DIREITO

Vistos etc.

Tratam os autos do processo em destaque de pedido de jurisdição voluntária para a expedição de ALVARÁ JUDICIAL com a finalidade de a paciente, ora requerente, realizar laqueadura de trompas (ligação de trompas) no hospital municipal de Orós, ação que foi ajuizada por Samara Raquel Maia Barbosa, devidamente qualificada na petição inicial, por advogada dativa, regularmente constituída nos autos do caderno processual.

A requerente e seu esposo Elder Sandro Barbosa, com 30 anos, qualificado nos termos da declaração anexa ao pedido inicial, de fls. 6, formalizam o caráter urgente e absolutamente necessário de que a parturiente Samara Raquel Maia Barbosa, requerente, venha a ser submetida ao procedimento de cirurgia de laqueadura de trompas considerando a precária saúde da gestante, bem como em não poder utilizar outros meios anticonceptivos, apresentando sérios problemas de enxaqueca, estando no último mês de gestação, com a cirurgia de parto marcada para o final do mês de abril e inicio do mês de maio, além do inevitável de risco de vida e saúde.

A requerente tem 21 anos de idade, não tem trabalho fixo, encontra-se na sua segunda gestação, tem um filho de apenas 3 (três) anos e, procurando o hospital e maternidade municipal com o propósito de ser submetida à laqueadura de trompa, foi informada da impossibilidade de ser submetida a mencionado procedimento, considerando a sua pouca idade.

Seu esposo, Elder Sandro, trabalha como servidor terceirizado do Município, fazendo o trabalho de "guarda da SUCAM", e percebe a quantia mensal de R$ 380,00 (trezentos e oitenta reais), que corresponde à renda total da família, não tendo condições de pagar o tratamento de saúde para a sua esposa, pelo elevado custo e uma vez que o mencionado tratamento não é ofertado pela rede de saúde do município.

Além de questões relacionadas à sua precária saúde a declarante afirmou perante este Juízo da necessidade de ser submetida ao procedimento cirúrgico de laqueadura de trompas uma vez que não tem tolerância a outros meios contraceptivos, comprometendo, sobremaneira o seu estado de saúde, inclusive com a possibilidade de outras gestações.

O casal procurou esse juízo com o fim de obter uma autorização para que o hospital do Município possa realizar a laqueadura de trompa na Sra. Samara Raquel, considerando que, de acordo com a orientação obtida junto aquele estabelecimento, a requerente não poderia ser submetida à mencionada cirurgia de laqueadura de trompas porque a paciente tinha apenas 21 anos de idade.

Na ausência de Defensor Público na Comarca, e, por ser o casal pobre, sem recursos para contratar advogado, também considerando a urgência que o caso

apresenta, visto que a jovem se encontra no último mês de sua gestação, com a cirurgia marcada para o final do mês de abril deste ano, por seu estado de saúde precário, esse Juízo encaminhou a declaração de vontade do casal, a representante do Ministério Público, a quem caberia, de acordo com o art. 127 e 129 da Constituição Federal, a competência para a defesa dos interesses individuais indisponíveis, e, incumbiria, salvo melhor entendimento, ajuizar ação própria para a defesa dos interesses da requerente.

Entretanto, o órgão ministerial, simplesmente, manifestou-se pelo arquivamento da declaração prestada pelo casal, sob o argumento da ausência de formalidades processuais.

Diz a representante do MP:

> "... não se trata o pedido juridicamente de ação judicial, caso em que caberia a competente decisão judicial, mas apenas de declaração em duas laudas de papel soltas, sem protocolo, sem advogado, enfim sem qualquer prova documental sobre as regras médicas em casos como esses, o que inviabiliza qualquer manifestação de mérito do Ministério Público"

Diante da natureza do fato e pela urgência que o caso requer, este Juízo nomeou a Dra. Fátima Silva advogada dativa para o ajuizamento da ação judicial competente.

Os autos foram com vista a Representante do Ministério que se manifestou pela comprovação da necessidade da laqueadura em face do risco a vida ou a saúde da requerente, bem como, pelas restrições contidas no art. 10 da Lei 9.263/96, mais precisamente do inciso II do art. 10 da mencionada lei e o disposto nos parágrafos 2º. e 5º. já citado art. 10.

É o relatório.

Passo a decidir.

Cuidam os autos induvidosamente, de procedimento de jurisdição voluntária e, nos termos da norma do artigo 1.109, do Código de Processo Civil, não há obrigatoriedade de se observar o critério da legalidade estrita e, por isso mesmo, aspectos processuais, como o levantado pela Promotoria de Justiça, ficam em segundo plano.

A jovem Samara Raquel Maia Barbosa encontra-se no nono mês de gestação, o parto marcado para o final desse mês de abril e início do mês de maio. Tem 21 anos de idade, apresenta problemas de saúde e não pode utilizar outros métodos anticonceptivos, sob risco de comprometer a sua saúde.

Por outro lado não tem emprego, tem um filho de três anos. Seu esposo trabalha como "guarda da SUCAM", terceirizado pelo Município, sendo a única renda do casal a importância de R$ 380,00 por mês.

Em que pese os argumentos exarados pela representante do Ministério Público, entendo de forma inteiramente diversa.

O Ministério Público na Carta da República de 1988 recebeu a relevante incumbência de ter consagrado entre as suas atribuições a competência para promover

medidas necessárias para tornar seguro à garantia dos direitos fundamentais e sociais previstos na Constituição Federal. Desse modo, pode-se inferir que dentre as várias funções atuais do Ministério Público, inclui-se a proteção e a defesa do indivíduo e a garantia de seus direitos fundamentais, *máxime,* quando se refere à dignidade da pessoa humana e da paternidade e da maternidade responsáveis.

Como observa Alexandre de Moraes[1], em Direitos Humanos Fundamentais, que é função do órgão ministerial garantir ao individuo a *"*fruição*"*, nas palavras do renomeado autor, de todos os seus direitos constitucionais, ou a *"*fruição de todos os seus *status* constitucionais*"*.

Registra ainda o mesmo Alexandre de Moraes que *"*Essa idéia foi consagrada pelo legislador constituinte de 1988, que entendeu por fortalecer a Instituição, dando-lhe independência e autonomia, bem como a causa social para defender e proteger*"*.

O Ministério Público é um órgão, no dizer de Manoel Gonçalves Ferreira Filho, *"*de promoção da defesa social desses direitos*"*.

Ademais, é de ser destacado que a Constituição Federal atribui ao órgão ministerial competência para promover ação judicial em face da pobreza do titular, especialmente na defesa dos direitos fundamentais, o que é emblemático nesse caso, para lhe assegurar a garantia e o direito fundamental de acesso ao Judiciário, nos termos do art. 5º. inciso XXXV.

Dessa forma, o Ministério Público legitima-se como substituto processual da parte, e, em nome próprio, pode fazer valer o direito alheio para assegurar direitos fundamentais, para assegurar ao hipossuficiente o acesso ao Poder Judiciário, para defender os interesses da sociedade como um todo, quer pela ótica do coletivo quer pelo individual.

O Direito e o acesso a Justiça extrapolam os expedientes formais e burocráticos materializados na mente humana, algumas vezes, dentro de uma percepção cartesiana, que se esquece ou não consegue perceber que por trás de uma folha de papel, de uma petição ou de uma simples declaração, existe um drama humano, a angustia de uma pessoa, a esperança de alguém em ver solucionado o drama que o atormenta.

As angústias, as atribulações cotidianas, os conflitos, em fim a agonia, que sufocam a esperança e o mais puros dos sentimentos, o amor próprio, daqueles que buscam na Justiça a solução de seus embaraços e de seus dilemas.

A dignidade da pessoa humana encontra-se muito acima de qualquer formalismo burocrático. É superior a todo e qualquer exigência de rigor exagerado no cumprimento de norma processual, *máxime* quando se trata de acesso à Justiça.

A questão central, trazida ao Poder Público é a seguinte: Samara, que apresenta problemas de saúde, encontra-se no nono mês de gestação, tem um filho com três anos, não pode tomar anticonceptivos, quer fazer uma laqueadura de trompas e o hospital não faz se não houver uma autorização judicial porque Samara tem apenas 21 anos.

Indaga-se pode o Poder Público quedar-se diante dessa situação porque

[1] MORAES, Alexandre. Direitos Humanos Fundamentais. São Paulo: Editora Atlas, 2007.p. 41-42

Samara não protocolou um pedido, através de advogado? Na inexistência de Defensoria Pública na Comarca o Ministério Público não poderia atuar como substituto processual nesse caso para assegurar o acesso a Justiça? Não estaria implícito na declaração do casal o pedido para que a jovem Samara possa ser submetida à cirurgia de laqueadura de trompa?

Herkenhoff[2] em sua obra Como Aplicar o Direito, afirma que o juiz e os demais profissionais que atuam no campo jurídico não são "servos do Direito", continua o autor "a ética do ofício judicial manda que o juiz esteja a serviço do Direito".

Na concepção do autor, "a questão fundamental resume-se no seguinte ponto: quando há um atrito entre a lei e o direito, tem-se uma questão ética, um choque de valores e não uma questão meramente jurídica ou uma questão meramente legal"

No mesmo sentido é o pensamento de Perelman[3] em sua Lógica Jurídica: Teorias Relativas ao Raciocínio Judiciário, afirma que "numa intenção consciente de buscar uma solução justa, conforme a natureza do problema. As motivações e as justificações da decisão visam essencialmente demonstrar o caráter sensato da solução, inserindo-a no sistema jurídico em vigor"

Entendo que caberia sim ao órgão do Ministério Público, enquanto guardião da sociedade, diante das declarações prestadas em sede de Juízo sobre a sua necessidade de fazer a laqueadura de trompas ingressar com a ação judicial cabível ou requisitar mais informações para o fim de promover o acesso a Justiça da parte interessada, manejar os instrumentos que lhe são próprios, requisitar informações, enfim utilizar-se de todos os meios colocados a sua disposição com vistas a promover o acesso a Justiça.

Diz o médico:

> "... a paciente apresenta dificuldades no uso de todo tipo de método contraceptivo..."

Conclui:

> "a paciente e seu esposo expressaram seu desejo de realizar esterilização cirúrgica durante o parto..."

O atestado médio é absolutamente claro em relação ao risco de vida que sofre a paciente:

> "apresenta reações a todos os métodos contraceptivos já utilizados, apresentando risco de vida de insistir em seu uso, necessitando de método contraceptivo definitivo"

[2] HERKENHOFF, JOAO BATISTA. Como aplicar o Direito. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. XIX.

[3] PERELMAN, Chaim. Lógica Jurídica: Teorias Relativas ao Raciocínio Judiciário, São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 113-114.

A declaração do casal, corroborando o atestado firmado pelo médico é elucidativa:

Vejamos:

> "que apresenta dificuldade no uso de todo tipo de contraceptivo..., bem como problemas de saúde que ora enfrento..."

Por certo, fora o casal, pessoas com recursos financeiros, certamente não teriam que buscar no Poder Judiciário e nos demais órgãos públicos o pálio para a sua pretensão. Simplesmente, procurariam um hospital particular, ou se vinculados a um plano de saúde, pagariam o procedimento cirúrgico, e, seria realizada a sua cirurgia de laqueadura sem o constrangimento e a inquietação por conta da incerteza, de ter que pedir uma "autorização" para que fosse submetida à operação, onde o planejamento familiar é direito do casal assegurado na Constituição Federal.

Em audiência recente realizada nesta Comarca uma jovem com apenas 24 anos de idade, sem condições financeiras pra o sustento de seus filhos, sem trabalho, procurando a Justiça para obter uma pensão alimentícia, declarou ser mãe de cinco filhos. O então Defensor Público presente a audiência diante daquele relato fático exclamou: "que absurdo!!!! Isso é uma irresponsabilidade!!!".

Realmente, em uma análise primeira parece ser uma irresponsabilidade daquela jovem. Todavia, seria a irresponsabilidade maior do próprio Estado, no sentido amplo, que não oferece condições mínimas de educação, saúde para a população, que não oferece condições mínimas de dignidade para que as pessoas possam exercer a sua cidadania. Não oferece ações preventivas e educativas para a regulação da fecundidade. Essa é a realidade dos fatos e não podemos fechar os olhos para eles.

A Constituição Federal no art. 226 assegura o planejamento familiar, que, nas palavras de José Afonso da Silva[4] no seu Curso de Direito Constitucional Positivo "é admitido como um direito de livre decisão do casal, de modo que ao Estado só compete, como dever, propiciar recursos educacionais e científicos para o seu exercício"

Cabe reproduzir o texto da Carta Republicana de 1988:

> Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.
> (...)
> § 7º Fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, o planejamento familiar é livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito, vedada qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais ou privadas.

Em sentido absolutamente contrário ao comando previsto no art. 226 da Constituição Federal, o qual estabelece que "a paternidade responsável e o planejamento

[4] SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo. São Paulo: Saraiva. 2006. p. 720

familiar é de livre decisão do casal", a Lei 9.263/96, que trata do planejamento familiar, estabeleceu algumas restrições quanto à paternidade responsável e ao planejamento familiar no disposto do art. 10 que são totalmente contrários ao comando constitucional do § 7º. da Constituição Federal.

Prevê o art. 10 da Lei 9.263/96, o seguinte:

> Art. 10. Somente é permitida à esterilização voluntária nas seguintes situações:
> I – em homens e mulheres com capacidade civil plena e maiores de 25 anos de idade, ou, pelo menos, com dois filhos vivos, desde que observado o prazo mínimo de sessenta dias entre a manifestação da vontade e o ato cirúrgico (...)
> II – risco de vida ou a saúde da mulher e do futuro concepto, testemunhado em relatório assinado por dois médicos;
> (...)

A lei ordinária objetiva criar impedimentos para que os casais possam livremente estabelecer o seu planejamento familiar, com o exercício de sua paternidade responsável, condicionando a vários requisitos que a Constituição Federal não estabelece. Vale dizer, pretende a lei inibir a prática do livre planejamento familiar quando o texto constitucional não o faz nem remete ao legislador ordinário competência para tais atribuições normativas.

Por conseguinte, a questão relacionada ao controle de constitucionalidade aplica-se no que lhe pertinente ao reconhecimento da supremacia da Constituição Federal sobre todo o ordenamento jurídico nacional, *máxime*, para a proteção dos direitos fundamentais.

Indubitavelmente, o principio da supremacia constitucional, ocupando a Carta Maior o topo ou a hierarquia superior do sistema normativo é no texto da Constituição que o legislador encontrará, certamente, a forma e o conteúdo da elaboração legislativa infraconstitucional.

Sob esse ponto de vista, ensina Alexandre de Moraes que:

> "... nas constituições rígidas se verifica a superioridade da norma magna em relação aquelas produzidas pelo Poder Legislativo, no exercício da função legiferante ordinária. Dessa forma, nelas o fundamento do controle é de que nenhum ato normativo dela decorrente pode modificá-la ou suprimi-la"[5]

Se a norma infraconstitucional não pode modificar ou suprimir o texto Constitucional, no caso em exame, aplica-se o controle de constitucionalidade diante da constatação que a norma inferior, ou seja, a lei que regulamentou o planejamento familiar, em seu art. 10, acima reproduzido, modificou e restringiu a expressão do texto

[5] MORAES, Alexandre de. Direito Constitucional. 22ª. Edição. São Paulo: Atlas, 2007, p. 691.

constitucional do parágrafo 7º. do mencionado art. 226 da Carta Republicana de 1998, quando estabeleceu os critérios que não existem no comando normativo de hierarquia constitucional superior.

A Constituição estabelece de forma expressa que o planejamento familiar é de "livre decisão do casal". Em sentido contrário, afrontando o comando constitucional, a lei inferior estabelece requisitos restritivos à liberdade de disposição do casal quanto ao planejamento familiar, estabelecendo a idade de 25 anos e pelo menos dois filhos (inciso I) e nos outros casos a presença do risco de vida ou a saúde da mulher ou do futuro concepto (inciso II), vedando a esterilização da mulher quando do parto ou aborto, salvo nos casos de comprovada necessidade (§ 2º).

Evidente a inconstitucionalidade do dispositivo constante dos incisos I e II, bem como do parágrafo 2º. do art. 10 da Lei n° 9.263/96 frente ao comando constitucional do § 7º. do art. 226 da Constituição Federal de 1988.

Vejamos:

Quando a Constituição assegura ao casal a "livre decisão" sobre o planejamento familiar como princípio da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, não poderia a lei inferior regulamentando a matéria, estabelecer restrições aquela liberdade que foi acolhida pelo legislador constituinte, surpreendentemente quando trata da idade mínima de 25 anos e quando estabelece o número mínimo de filhos do casal. Indaga-se: onde estaria a "livre decisão do casal" no texto da lei? Em lugar nenhum.

Controlar a Constitucionalidade, nos ensinamento de Alexandre de Moraes, é examinar a compatibilidade, quer seja material ou formal, de uma lei ou de um ato normativo, em relação ao texto constitucional.

À luz do ordenamento jurídico brasileiro juízes e tribunais podem, nos processos de sua competência, declarar a inconstitucionalidade das leis e atos normativos no caso concreto, na via de exceção, pelo controle difuso, nos termos do art. 97 da Constituição Federal, inclusive os magistrados de primeira instância, nos termos de vários precedentes do Supremo Tribunal Federal (STF) nesse sentido: STF RE 117.805/PR, rel. Min. Sepúlveda Pertence. STF Recl. 721-0/AL Rel. Min. Celso de Melo. STF RE 89.553/GO, Rel. Min. Rafael Mayer.

> RE 89553/GO
> RECURSO EXTRAORDINÁRIO
> Rel. Ministro Rafael Mayer
> Ementa: AÇÃO DECLARATÓRIA. DECLARAÇÃO "INCIDENTER TANTUM" DE INCONSTITUCIONALIDADE – O controle da constitucionalidade por via incidental se impõe toda vez que a decisão da causa o reclame, não podendo o Juiz julgá-la com base em lei que tenha por inconstitucional, senão declará-la em prejudicial para ir ao objeto do pedido. Recurso Extraordinário conhecido e provido.

Sobremodo, entende o colendo Supremo Tribunal Federal que no controle

de constitucionalidade das leis, o juiz de qualquer grau deve declarar de ofício a inconstitucionalidade de lei aplicável ao caso concreto, assim entendendo, afastando a sua aplicabilidade ao caso sob julgamento.

Uadi Lammêgo Bulos adverte que:

> "as vias jurisdicionais de declaração de inconstitucionalidade equivalem aos meios consagrados pela ordem jurídica para o Poder Judiciário realizar a justiça constitucional, reprimindo a existência de normas incompatíveis com a supremacia da Constituição"

Continua ainda Bulos sobre o controle difuso da constitucionalidade:

> "o controle difuso permite a todo e qualquer juiz ou tribunal apreciar a inconstitucionalidade de atos normativos (...) até o juiz, de oficio, e no caso concreto, pode suscitar a prejudicial, afastando a aplicabilidade da norma inconstitucional...".[6]

Pedro Lenza, sobre o tema de controle de constitucionalidade, ensina que:

> "o vício material, de conteúdo, substancial ou doutrinário, diz respeito à matéria, ao contrario do ato normativo. Assim, aquele ato normativo que afrontar qualquer preceito ou principio da Lei Maior, deverá ser declarado inconstitucional, por possuir um vicio material"[7]

A Carta da República de 1988 assegura ao magistrado de primeira instância realizar o denominado controle difuso de constitucionalidade ou de defesa, também denominado de controle de constitucionalidade aberto, ou ainda controle de constitucionalidade por via de exceção.

Declaro, "incidenter tantum", a inconstitucionalidade do art. 10, inciso I e II, § 2º. da Lei n 9.263, de 12 de janeiro de 1996, em face do § 7º. do art. 226 da Constituição Federal de 1988, afastando a sua aplicabilidade no caso *sub examine*.

Ademais o casal juntou declaração firmada perante a autoridade judicial de que concorda com a realização da cirurgia de laqueadura de trompas. A declaração médica ressalta a impossibilidade da paciente Samara Raquel Maia Barbosa em utilizar todo tipo de métodos contraceptivos e, por fim, o atestado médico de fls. 19, reafirma que Samara tem rejeição a métodos contraceptivos e apresenta risco de vida.

Diz o médico em atestado (fls.19):

> "Atesto para os devidos fins que Samara Raquel Maia Barbosa, apresenta reações internas a todos os métodos contraceptivos já utilizados, apresentando risco de vida se insistir em seu uso, necessitando de método

[6] BULOS, Uadi Lammêgo. Curso de Direito Constitucional. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 122-123.

[7] LENZA, Pedro. Direito Constitucional esquematizado. 11ª. Ed. São Paulo: Método, 2007, p. 160-161.

contraceptivo definitivo"

Recebo, desse modo, a declaração de Samara Raquel e Elder Sandro como pedido liminar, onde se encontram presentes os dois requisitos fundamentais para a concessão da medida de urgência: *o fumuns boni iuris* e o *periculum in mora*.

O primeiro, pela proteção que a pretensão autoral desponta no texto da Constituição Federal de 1988, quando a defesa do planejamento familiar que se fundam especialmente no principio da dignidade da pessoa humana, bem como na denominada paternidade responsável, onde o planejamento familiar é de livre decisão do casal, cabendo ao Poder Público proporcionar os recursos educacionais e científicos para o pleno exercício desse direito insculpido na Constituição Cidadã de 1988. Ai a fumaça do bom direito.

O segundo requisito também se encontra presente: a requerente encontra-se no nono mês de gestação, o parto marcado para o final do mês de abril e inicio do mês de maio, a demora na prestação jurisdicional impedirá que no próprio momento de realização do parto seja realizada a necessária laqueadura de trompas, submetendo a parturiente a outro procedimento cirúrgico, com risco de vida. Presente, no caso, o perigo na demora.

Deixando para momento posterior certamente seria submetê-la a outro procedimento cirúrgico e como toda cirurgia envolve risco de vida, estaria sujeitando a paciente a risco de vida.

De outro modo, a impossibilidade da paciente em utilizar outras formas anticonceptivas significa aumentar os riscos de vida e a sua saúde, causados por gravidez indesejada ou por agravamento dos problemas de saúde, contribuindo para que a jovem Samara sofra com risco a saúde e quiçá risco de vida.

Afastando, pois, a incidência dos incisos I, II, § 2º. da Lei n° 9.263, de 12 de janeiro de 1996 em face do § 7º. do art. 226 da Constituição Federal, defiro o pedido formulado na petição inicial para autorizar a laqueadura de trompas na requerente Samara Raquel Maia Barbosa.

Nada impede assim a concessão do Alvará.

Diante do exposto, determino que seja, imediatamente, oficiado o Hospital e Maternidade local para que, observando rigorosamente os procedimentos médicos-cirúrgicos, e, de acordo com a avaliação médica, seja realizada a cirurgia de laqueadura de trompas na pessoa da Sra. Samara Raquel Maia Barbosa.

Encaminhe-se cópia do caderno processual ao Hospital Municipal, o qual deverá obter por parte do casal a expressa manifestação em documento escrito, informado a respeito dos riscos da cirurgia e dos efeitos colaterais e da dificuldade de sua reversão.

Publique-se.
Registre-se.
Intimem-se.
Expedientes Necessários.

Orós-CE., 1 de maio de 2008.

Jurisprudência Criminal

Apelação penal

Nº: 341-29.2008.8.06.0155/1
APELAÇÃO CRIME (DE QUIXERÉ)
APELANTE: JOSÉ NILSON SOUSA OLIVEIRA
APELADA: A JUSTIÇA PÚBLICA
RELATOR: DES. LUIZ GERARDO DE PONTES BRÍGIDO

-Apelação crime.
-Furto simples.
-Nenhum condenado tem direito público subjetivo à estipulação da pena-base em seu grau mínimo. Pena imposta em perfeita consonância com o artigo 59 do Código Penal, nos limites do artigo 155, *caput*, do mesmo diploma legal.
-A alegação de não ter o acusado condições para pagar a pena de multa é completamente descabida por ausência de previsão legal.
-Irresignação desprovida à unanimidade.

Vistos, relatados e discutidos os autos acima identificados.

1- O recorrente sobrenomeado foi sentenciado a dois anos e dois meses de reclusão, regime inicialmente fechado, e 20 dias-multa por furto simples. Almeja, na irresignação, a diminuição da pena de reclusão para o mínimo legal e a dispensa da sanção pecuniária, alegando para tanto, que além de ter contribuído para o prosseguimento do processo, confessando o crime, o furto não trouxe consequência mais gravosa para a vítima.

A Promotoria, no revide, discorda da redução da pena.

O parecer da PGJ é pelo desprovimento do apelo.

É o relatório, em síntese.

2- Na madrugada de 20 de abril de 2008, o recorrente subtraiu para si uma motocicleta Honda Titan, pertencente à Francisco das Chagas do Nascimento. O filho da vítima, Francisco Leonardo Lopes do Nascimento, havia estacionado o veículo na via pública antes de entrar em uma festa, contudo, ao sair do local não mais a encontrou. O apelante e seu comparsa, Edimar Domingos Sena, utilizaram o objeto do furto para roubarem outra moto, quando foram presos em flagrante.

Em juízo, como já havia feito no inquérito, o réu confessou,

pormenorizadamente, o crime. Sabido e ressabido que a confissão judicial, sincera e espontânea, reiterante da extrajudicial, constitui elemento seguríssimo de convicção para definição da autoria e formação do juízo de culpabilidade, "*máxime* quando corroborada por outros elementos" (MIRABETE, Júlio Fabbrini. Código de Processo Penal Interpretado. São Paulo: Atlas, 2003, p. 540).

Outrossim, consta nos autos os maus antecedentes do apelante, que além de responder a outro processo por roubo (nº 2008.0008.8477-0/0), está implicado em dois procedimentos policiais (inquéritos nº 170/2007 e nº 043/2003), o que, só por só, já seria suficiente para uma reprovação penal mais severa, no entanto, a reprimenda foi estabelecida em dois anos e dois meses de reclusão.

Dito isso, vê-se que na estipulação da basilar, a avaliação do magistrado mostrou-se suficiente para a prevenção e reprovação do delito cometido pelo réu. A dosagem da pena atendeu aos requisitos do art. 59 do Código Penal, sendo estabelecida nos limites do art. 155, *caput,* do mesmo diploma legal, pelo que é inviável cogitar-se qualquer redução.

A fixação da pena base está dentro do poder discricionário do julgador, que considerou, na primeira fase da dosimetria, a predisposição do réu para o crime, já processado por roubo e indiciado por porte de arma. Exato, a mais disso, que "nenhum condenado tem direito público subjetivo à estipulação da pena-base em seu grau mínimo" (STF, 2ª T., HC 101.118/MS, rel. Minª Ellen Gracie, DJe de 27/08/2010). Na segunda etapa da dosimetria, o sentenciante aplicou a única redutora *in casu* delineada, a confissão espontânea do réu. De lembrar, por oportuno, "que havendo circunstância atenuante, deverá ela ter incidência obrigatória" (JÚNIOR, Paulo José Costa. Comentários ao código penal, 7ª ed., São Paulo: Saraiva) como fez o juiz, descabendo, portanto, qualquer correção em seu *decisum.*

Por fim, no tocante à pena de multa, "a alegação de não ter o acusado condições para pagá-la é completamente descabida por ausência de previsão legal" (RT vol. 734/ p. 745).

3- Isto posto, ACORDA a 1ª CÂMARA CRIMINAL do TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO CEARÁ, à unanimidade, em conhecer da apelação, mas para lhe negar provimento, na esteira do voto do Relator e em sintonia com o parecer da douta PGJ, ressalvado, contudo, o direito do apelante em requerer a progressão de seu regime, se for o caso, no juízo das execuções.

Fortaleza, CE, 18 de janeiro de 2011.

PROCESSO Nº: 15378-52.2003.8.06.0000
TIPO DE PROCESSO:APELAÇÃO
COMARCA: FORTALEZA
APELANTE(S):MÁRCIO ALBÉRIO SAMPAIO ALEXANDRE
RELATORADESA. FRANCISCA ADELINEIDE VIANA

EMENTA: PENAL E PROCESSO PENAL. HOMICÍDIO QUALIFICADO (ART. 121, §2º, I E IV, DO CÓDIGO PENAL BRASILEIRO). 1. APELAÇÃO INTERPOSTA PELA DEFESA CONTRA DECISÃO DE NOVO JÚRI. FUNDAMENTO LEGAL IDÊNTICO A RECURSO ANTERIORMENTE INTERPOSTO PELO MINISTÉRIO PÚBLICO. IMPOSSIBILIDADE. OFENSA AOS PRINCÍPIOS DA SOBERANIA DOS VEREDICTOS E DA SEGURANÇA JURÍDICA. 2. DIREITO À PROGRESSÃO DE REGIME. RECONHECIMENTO *EX OFFICIO*. APLICAÇÃO DO ART. 2º, §2º, DA LEI Nº 8.072/90 COM REDAÇÃO DADA PELA LEI Nº 11.464/07, EXCETO QUANTO AO REQUISITO TEMPORAL PARA CONCESSÃO DO BENEFÍCIO, ADSTRITO, *IN CASU*, AO ARTIGO 112 DA LEI DE EXECUÇÕES PENAIS – INTELIGÊNCIA DA SÚMULA 714 DO STJ. Recurso não conhecido, no entanto reconhecido ex officio o direito a progressão de regime.

1. A Defesa interpôs recurso com lastro no artigo 593, III, "d", do Código de Processo Penal – idêntico fundamento jurídico de apelo anteriormente ajuizado, que provido, já havia submetido o apelante ao crivo de novo Conselho de Sentença. Impossibilidade legal de conhecimento do segundo recurso interposto.

2. Em sede de juízo de admissibilidade, observa-se que novo reexame da matéria pelo Júri daria azo à multiplicidade de julgamentos, implicando em ofensa ao postulado da soberania dos veredictos, bem como ao princípio da segurança jurídica, motivo por que o recurso não deve ser conhecido.

3. Necessário, entretanto, em face do princípio da aplicação da lei mais benéfica, reconhecer o direito do apelante à progressão de regime, aplicando-se o art. 2º, §2º, da Lei nº 8.072/90 com as modificações introduzidas pela Lei nº 11.464/07, exceto quanto aos requisitos temporais de sua concessão, eis que mais gravosos se comparados aos previstos no artigo 112 da Lei de Execuções Penais.

4. Recurso não conhecido, porém operada, *ex officio*, a modificação do regime de cumprimento da pena imposta ao

réu para inicialmente fechado, aplicando-se o lapso temporal de um sexto para a progressão de regime, além dos demais requisitos estabelecidos nos artigos 33 do Código Penal Brasileiro e 112 da Lei de Execuções Penais.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de nº 15378-52.2003.8.06.0000/0, em que foi interposta apelação pela Defesa contra sentença proferida pelo Tribunal do Júri da Comarca de Aratuba, pela qual foi o réu MÁRCIO ALBÉRIO SAMPAIO ALEXANDRE condenado pela prática de crime previsto no art. 121, §2º, I e IV, do Código Penal Brasileiro.

Acordam os Desembargadores integrantes da 2ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, por unanimidade, em não conhecer o apelo, procedendo, *ex officio,* à modificação do regime de cumprimento da pena, para permitir a progressão, respeitados os requisitos objetivos e subjetivos estabelecidos em lei, tudo em consonância com o voto da eminente Relatora.

RELATÓRIO

MÁRCIO ALBÉRIO SAMPAIO ALEXANDRE, com esteio no art. 593, III, "d", do Código de Processo Penal, interpôs recurso de apelação contra sentença proferida pelo Tribunal do Júri da Comarca de Aratuba, pela qual foi condenado ao cumprimento de 12(doze) anos de reclusão em regime integralmente fechado, ressaltado o fato de que os corréus José Germano dos Santos e José Sávio Germano foram, no mesmo ato, absolvidos.

A ação penal, lastreada no inquérito de fls. 03/31, teve regular procedimento, com recebimento da denúncia de fls.03/05 em decisão datada de 12.03.1999 (fl. 37).

Consta na referida peça delatória a seguinte narrativa:

> ... no dia 14 de fevereiro de 1999, por volta das 21:30 hs, no Centro, zona urbana, na sede deste Município e Comarca de Aratuba, os acusados, conscientes e voluntariamente, com *animus necandi*, atacaram impiedosamente a indefesa vítima, primeiramente com dois tiros de revólver pelas costas, disparos efetuados por José Sávio Germano, o "Noca", em seguida foi atacado por Márcio Albério Sampaio Alexandre, que desfechou duas violentas e profundas facadas, por último, quando a vítima (Arthur Emílio) já havia tombado agonizante, José Germano dos Santos desferiu-lhe o golpe de misericórida, com um capacete, completanto assim a bárbara e repugnante ação criminosa. As lesões produzidas na vítima, por sua natureza e sede, foram a causa da morte da vítima.

Interrogatórios dos réus realizados conforme termos de fls. 47, 48 e 49, seguidos de preliminares de defesa.

Auto de exame de corpo de delito cadavérico às fls. 57.

Realizou-se a instrução criminal, com a oitiva de três testemunhas arroladas pela Promotoria de Justiça – fls. 61/62, 63 e 64 e três arroladas pela Defesa - fls. 69/70, 71, e 72.

Em razões finais, requereu o Ministério Público a pronúncia dos três acusados, nos termos em que foram denunciados – fls. 74/76. Os réus José Sávio e Márcio Albério requereram, por seu turno, às fls. 81/82, a desclassificação do delito para o previsto no *caput* do art. 121 e o reconhecimento de que agiram em legítima defesa. Quanto a José Germano dos Santos, requereu fosse impronunciado, alegando não haver participado do delito.

Às fls. 85/87, sentença de pronúncia em nome dos três acusados, nos termos do art. 121, §2º, I e IV, do Código Penal Brasileiro.

Libelos acusatórios às fls. 96/97, 98/99 e 100/101.

Submetidos a julgamento pelo Tribunal do Júri no dia 24 de novembro de 1999, restaram os três réus absolvidos, donde decorreu a expedição de alvará de soltura em favor de José Sávio Germano e Márcio Albério Sampaio Alexandre.

Inconformado, o Ministério Público interpôs apelação nos termos do art.593, III, "d", do Código de Processo Penal – fls. 163/182, constando contrarrazões às fls. 185/188, através das quais se pugnou pelo conhecimento do apelo, porque tempestivo, mas para se lhe negar provimento.

Às fls. 217, repousa certidão de que foi dado provimento ao apelo, constando, às fls. 219/224, a íntegra do voto acolhido pela 2ª Câmara Criminal em 04 de junho de 2001.

Às fls. 297/298, relatório dos autos – art. 466 do Código de Processo Penal.

Às fls. 322/323, nova sentença decorrente do novo julgamento em sessão realizada no dia 25 de novembro de 2002, desta feita absolvidos os réus José Germano dos Santos e José Sávio Germano, e condenado Márcio Albério Sampaio Alexandre pela prática de homicídio qualificado pelo motivo torpe e pela utilização de recurso que impossibilitou a defesa da vítima, restando-lhe o cumprimento da pena de 12(doze) anos de reclusão em regime integralmente fechado.

Consta na ata de julgamento, às fls. 325/327, apelação interposta com fulcro no art. 593, III, "d", do Código de Processo Penal, onde foi requerida a apresentação de razões em 2º grau.

Às fls. 347v, certidão pela qual se infere a intimação do apelante para constituir outro patrono ou ratificar o nome anterior, tendo em vista o decurso de prazo sem que fossem apresentadas as necessárias razões do apelo, as quais vieram aos autos através de Defensor dativo nomeado por despacho de fls. 355, conforme se vê às fls. 357/361.

Contrarrazões do apelo, às fls. 379/387, em que se requer o seu conhecimento, no entanto para ser denegado.

Às fls. 393/398, parecer da Excelentíssima Senhora Procuradora de Justiça em que se manifesta pelo conhecimento e não provimento do recurso ofertado, sob a argumentação de existência, nos autos, de prova apta para sustentar o decreto condenatório exarado pelo Conselho de Sentença.

É o breve relatório.

VOTO

Como antes declinado, trata-se de recurso de apelação interposto contra sentença proferida em desfavor de MÁRCIO ALBÉRIO SAMPAIO ALEXANDRE, pela qual restou condenado pela prática do crime previsto no artigo 121, §2º, I e IV, do Código Penal Brasileiro, ao cumprimento de 12(doze) anos de reclusão em regime integralmente fechado.

Como evidente, requer a Defesa a reforma da decisão, argumentando que fora proferida de forma manifestamente contrária à prova dos autos, tanto no que tange à própria condenação, quanto às qualificadoras.

In casu, não obstante as judiciosas ponderações levadas a efeito, tanto pelo Ministério Público como em favor do apelante, não se pode conhecer este último recurso interposto em razão de norma processual de natureza impeditiva. Explico.

O apelante foi submetido ao Tribunal do Júri em duas ocasiões distintas – a primeira em sessão realizada no dia 24 de novembro de 1999, quando restou absolvido, na ocasião ofertado recurso pelo Ministério Público arrimado no artigo 593, III, "d", do Código de Processo Penal, ao qual foi dado provimento; a segunda, por sessão realizada no dia 25 de novembro de 2002, ato em que foi condenado e interpôs, por intermédio de seu Defensor, novo apelo, também com arrimo do pré-falado artigo – 593, III, "d", do Código de Processo Penal.

Vê-se, então, que a causa de pedir do segundo apelo ofertado é semelhante à primeira, porquanto, em ambos os apelos, as partes se insurgiram contra as decisões, dizendo haverem sido proferidas em contrariedade à prova existente nos autos. Esse tipo de procedimento – interposição de sucessivo recurso de apelação nos termos do art. 593, III, "d", em um mesmo processo em que já foi provido o primeiro por esse mesmo motivo, é expressamente vedado por lei. Assim está previsto na Lei Adjetiva Penal:

> Art. 593 - Caberá apelação no prazo de 5 (cinco) dias:
> I - das sentenças definitivas de condenação ou absolvição proferidas por juiz singular;
> II - das decisões definitivas, ou com força de definitivas, proferidas por juiz singular nos casos não previstos no Capítulo anterior;
> III - das decisões do Tribunal do Júri, quando:
> a) ocorrer nulidade posterior à pronúncia;
> b) for a sentença do juiz-presidente contrária à lei expressa ou à decisão dos jurados;
> c) houver erro ou injustiça no tocante à aplicação da pena ou da medida de segurança;
> d) for a decisão dos jurados manifestamente contrária à prova dos autos.
> § 1º - Se a sentença do juiz-presidente for contrária à lei expressa ou divergir das respostas dos jurados aos quesitos, o tribunal *ad quem* fará a devida retificação.
> § 2º - Interposta a apelação com fundamento no nº III, c, deste artigo, o tribunal *ad quem*, se Ihe der provimento, retificará a aplicação da pena ou da medida de segurança.

> § 3º - Se a apelação se fundar no nº III, d, deste artigo, e o tribunal *ad quem* se convencer de que a decisão dos jurados é manifestamente contrária à prova dos autos, dar-lhe-á provimento para sujeitar o réu a novo julgamento; não se admite, porém, pelo mesmo motivo, segunda apelação.(grifo nosso)

A esse respeito, vem a lição de Heráclito Mossin (*in* Júri: Crimes e Processo, 3ª Ed., Rio de Janeiro: Forense, 2009):

> Em se tratando de apelação relativamente ao julgamento manifestamente contrário à prova dos autos, o legislador processual penal permite que haja um único recurso. É o que se encontra cristalizado no §3º do inciso III, *in fine*, do art. 593 do Código de Processo Penal: "não se admite, porém, pelo mesmo motivo, segunda apelação".
> (...).
> O motivo basilar da vedação enfocada encontra apoio na proteção da soberania dos veredictos, pois se assim não fosse, poderia haver uma multiplicidade de julgamentos, o que implicaria instabilidade da decisão popular.
> Pela exegese do texto processual retro produzido, a expressão "mesmo motivo" tem sentido abrangente. No seu âmbito, tanto é proibida uma segunda apelação, quer a primeira tenha sido efetivada pela defesa, quer tenha sido interposta pela acusação.
> Portanto, independentemente da parte que tenha interposto o recurso de apelação pelo mérito, uma vez conhecida e provida, tem-se por findo o procedimento recursal, não podendo outro apelo ser interposto, pelo mesmo motivo ou pelo mesmo fundamento, independentemente do novo resultado do julgamento e ainda que o recurso tenha sido utilizado somente contra parte da decisão.
> Nessa ordem de consideração, "se a decisão do Tribunal do Júri foi considerada manifestamente contrária à prova dos autos, por força de recurso interposto pelo Ministério Público, não deve ser conhecida posterior apelação interposta pela defesa sob o mesmo fundamento" (RT 786/727).
> Resulta do regramento processual penal sob comento, que a proibição de um segundo apelo se eleva à categoria de um pressuposto recursal objetivo especial de caráter negativo, porquanto cumpre ao magistrado de primeiro grau, dentro do juízo de admissibilidade recursal, se interposto o apelo, verificar o impedimento legal e não admitir sua procedimentação. É caso de denegação da apelação. O mesmo dever processual está afeto ao tribunal competente para conhecer e julgar a apelação.

De outro lado, não obstante reste prejudicada a análise de mérito do presente recurso, forçoso reconhecer que o apelante faz jus ao benefício da progressão de regime, ante a modificação legislativa realizada no art. 2º, §2º, da Lei nº 8.072/90 pela Lei nº 11.464/07, aplicável retroativamente neste ponto, eis que mais benéfica ao réu, observada, no entanto, a orientação que passou a existir no Supremo Tribunal Federal

à luz do precedente constante no HC 82.959/SP, pela qual se reconhece ao réu o direito à progressão de regime, mesmo em se tratando de crimes hediondos, aplicando-se, em matéria de requisito temporal, a exigência contida nos artigos 33 do Código Penal e 112 da Lei de Execução Penal, ou seja, (1/6), tendo em vista que o sistema jurídico anterior à edição da lei de 2007 era mais benéfico comparativamente ao sistema implantado pela Lei n° 11.646/07 (2/5 ou 3/5, dependendo do caso), motivo por que aquele deve ser aplicado ao caso em exame.

Nesse sentido, colaciono Súmula do Superior Tribunal de Justiça, bem como julgados recentes:

> Súmula nº 471: Os condenados por crimes hediondos ou assemelhados cometidos antes da vigência da Lei nº 11.464/2007 sujeitam-se ao disposto no art. 112 da Lei nº 7.210/1984 (Lei de Execução Penal) para a progressão do regime prisional.
>
> STF: DIREITO PENAL E PROCESSUAL PENAL. RECURSO ORDINÁRIO EM *HABEAS CORPUS*. PROGRESSÃO DE REGIME PRISIONAL. FATO ANTERIOR À LEI 11.464/07. PRECEDENTES DESTA CORTE. PROVIMENTO PARCIAL. 1. A questão de direito versada nestes autos diz respeito à possibilidade (ou não) de progressão do regime de cumprimento da pena corporal imposta no período de vigência da redação originária do art. 2º, § 1º, da Lei nº 8.072/90. 2. O julgamento do Supremo Tribunal Federal em processos subjetivos, relacionados ao caso concreto, não alterou a vigência da regra contida no art. 2º, § 1º, da Lei nº 8.072/90 (na sua redação original). 3. Houve necessidade da edição da Lei nº 11.646/07 para que houvesse a alteração da redação do dispositivo legal. Contudo, levando em conta que - considerada a orientação que passou a existir nesta Corte à luz do precedente no HC 82.959/SP - o sistema jurídico anterior à edição da lei de 2007 era mais benéfico ao condenado em matéria de requisito temporal (1/6 da pena), comparativamente ao sistema implantado pela Lei n° 11.646/07 (2/5 ou 3/5, dependendo do caso), deve ser concedida em parte a ordem para que haja o exame do pedido de progressão do regime prisional do paciente, levando em conta o requisito temporal de 1/6 da pena fixada. 4. No mesmo sentido: HC 94.025/SP, rel. Min. Menezes Direito, 1ª Turma, DJ 03.06.2008. Neste último julgado, ficou expressamente consignado que "relativamente aos crimes hediondos cometidos antes da vigência da Lei nº 11.464/07, a progressão de regime carcerário deve observar o requisito temporal previsto nos artigos 33 do Código Penal e 112 da Lei de Execuções Penais, aplicando-se, portanto, a lei mais benéfica". O art. 2°, § 1°, da Lei n° 8.072/90 (na sua redação original) não pode ser utilizado como parâmetro de comparação com a Lei n° 11.464/07, diante da sua declaração de inconstitucionalidade, ainda que no exercício do controle concreto, no julgamento do HC n° 82.959/SP (rel. Min. Marco Aurélio). 5. Recurso ordinário em *habeas corpus* parcialmente provido e, assim, concedeu-se a ordem para considerar possível a

> progressão do regime prisional desde que atendido o requisito temporal de cumprimento de 1/6 da pena, cabendo ao juiz da execução da pena apreciar o pedido de progressão, inclusive quanto à presença dos demais requisitos, considerado o fator temporal acima indicado. (RHC 91300-DF, Relatora Min. Ellen Gracie, Tribunal Pleno, Julgado em 05/03/2009).
>
> STJ: *HABEAS CORPUS*. PENAL. PROCESSO DE EXECUÇÃO. CRIMES HEDIONDOS. PROGRESSÃO DE REGIME. POSSIBILIDADE. LEI N.º 11.464/07. LAPSOS TEMPORAIS MAIS GRAVOSOS. *NOVATIO LEGIS IN PEJUS*. IRRETROATIVIDADE. EXIGÊNCIA DE EXAME CRIMINOLÓGICO. POSSIBILIDADE. ACÓRDÃO FUNDAMENTADO. COAÇÃO ILEGAL NÃO CARACTERIZADA. 1. A Lei n.º 11.464/07, apesar de banir expressamente aludida vedação, estabeleceu lapsos temporais mais gravosos para os condenados pela prática de crimes hediondos alcançarem a progressão de regime prisional, constituindo-se, neste ponto, verdadeira *novatio legis in pejus*, cuja retroatividade é vedada pelos artigos 5º, XL, da Constituição Federal e 2º do Código Penal, aplicáveis, portanto, apenas aos crimes praticados após a vigência da novel legislação, ou seja, 29 de março de 2007 (HC 83.799/MS, MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 25.09.2007, DJ 25.02.2008 p. 364). 2. Nos termos da jurisprudência desta Corte, o exame criminológico deixou de ser obrigatório, para fins de progressão prisional, mas, pode ser exigido pelo juiz ou Tribunal, mediante decisão fundamentada, que demonstre a necessidade da medida. Precedentes. 3. No caso em análise, a exigência de realização de exame criminológico teve por base elementos concretos constante dos autos, em *decisum* devidamente fundamentado. 4. Ordem parcialmente concedida, apenas para reconhecer que o requisito temporal para a progressão, aplicável ao caso em tela, é de 1/6 (um sexto), devendo o Juízo das Execuções Penais examinar se o paciente satisfez os requisitos objetivos e subjetivos para a obtenção da progressão, sem prejuízo de que seja determinada a realização de exame criminológico. (HC 158964-SP, Rel. Min. Convocado Vasco Della Giustina, Sexta Turma, Julgado em 31/05/2011).

ISSO POSTO, em dissonância com o parecer da Douta Procuradoria de Justiça, deixo de conhecer o recurso, diante de imperativo normativo legal, porém procedo, *ex officio,* à modificação do regime de cumprimento da pena imposta ao apelante para inicialmente fechado, permitindo-lhe a progressão de regime, adequando-o, desta forma, à nova disposição legal, porém aplicando o requisito temporal constante no art. 112 da Lei de Execuções Penais, sem prejuízo do disposto no art. 33 do Código Penal Brasileiro.

É como voto.

Fortaleza, 01 de agosto de 2011.

PROCESSO: APELAÇÃO CRIME 24677-48.2006.8.06.0000/0 – PEREIRO-CE
APELANTE: ANTÔNIO FORTUNATO MOREIRA
APELADO: MINISTÉRIO PÚBLICO ESTADUAL
RELATOR: DESEMBARGADOR JOÃO BYRON DE FIGUEIRÊDO FROTA

EMENTA: PENAL. ART 121, *§2º*, II e IV, CP. CONDENAÇÃO A 14 ANOS E 6 MESES DE RECLUSÃO. APELAÇÃO. LIBELO EM DESACORDO COM A DECISÃO DE PRONÚNCIA. NÃO LEITURA DO LIBELO. ASSISTENTE DO MINISTÉRIO PÚBLICO NOMEADO FORA DAS HIPÓTESES LEGAIS. NULIDADE DO JULGAMENTO. APELAÇÃO NÃO PROVIDA.

I – Condenado à pena de 14 anos e 6 meses de reclusão pela prática de crime de homicídio qualificado, o apelante requer nulidade da sessão do Tribunal do Júri por três motivos: contradição entre a decisão de pronúncia e o libelo-crime, habilitação de assistente do Ministério Público fora das hipóteses do art. 33 do Código de Processo Penal; desrespeito ao rito processual por parte do representante do Ministério Público, pois procedeu à sustentação oral da tese acusatória sem ler o libelo-crime.

II – As teses de nulidade arguidas pelo apelante são desprovidas de fundamento jurídico, vez que se trata de meras irregularidades sem qualquer consequência mais gravosa para o feito. Ademais, não houve prova do prejuízo por parte do apelado, o que impede a decretação de sanção no caso concreto.

III – Nega-se provimento ao recurso de apelação.

Vistos, relatados e discutidos estes autos da Apelação Criminal n. 24677-48.2006.8.06.0000/0, da Comarca de Pereiro, neste Estado, no qual são partes as acima nominadas.

ACORDA a 2ª Câmara Criminal do Egrégio Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, por unanimidade de votos, em negar provimento ao recurso de apelação, nos termos do voto do eminente Desembargador Relator, em consonância ao parecer ministerial.

Cuida-se de ação penal movida pelo Ministério Público Estadual contra

Antônio Fortunato Moreira, ora Apelante, e mais quatro acusados, em que pede sejam condenados nas iras do art. 121, §2º, II e IV, do Código Penal.

Consta na inicial acusatória (fls. 6/8) que o apelante, no dia 11 de outubro de 1982, na feira livre da cidade de Pereiro, juntamente com Raimundo Torquato de Oliveira, José Moreira da Silva, Antônio Wilson Moreira e Antônio Genário Torquato, assassinou o agricultor Geraldo Leandro da Silva com 5 tiros de revólver e 7 golpes de faca. Apurou-se que o crime foi cometido por vingança, uma vez que no dia 19 de setembro de 1982, um filho da vítima teria se envolvido em uma briga em que teria ferido a golpes de faca um filho, irmão e primo dos acusados.

Submetido ao devido processo legal, garantido o contraditório e a ampla defesa, e realizada a instrução criminal e o julgamento perante o Conselho de Sentença, o Tribunal do Júri absolveu Raimundo Torquato Moreira e condenou Antônio Fortunato Moreira à pena de quatorze (14) anos e seis (06) meses de reclusão, estabelecendo-se o regime inicialmente fechado para o cumprimento da pena (fls. 396/398).

Inconformado, o Apelante interpôs recurso adequado, requerendo a nulidade da sessão de julgamento em plenário do Tribunal do Júri, já que o libelo-crime acusatório estaria em desacordo com a decisão de pronúncia no tocante às qualificadoras indicadas. Afirmou, também, que o Promotor de Justiça promoveu sua sustentação oral sem ler o libelo, o que estaria em desacordo com o Código de Processo Penal, que determina a leitura da referida peça antes de realizar a sustentação oral. Por fim, alegou que foi habilitada para funcionar como assistente do Ministério Público uma pessoa estranha ao rol do art. 33 do CPP.

Chamado às contrarrazões (fls. 444/449), o Representante do Ministério Público pugnou pela improcedência plena da apelação, pois no que diz respeito à não leitura do libelo-crime no início da fala acusatória a jurisprudência dos tribunais pátrios entende pela ocorrência de mera irregularidade. Com relação ao desacordo entre a pronúncia e a peça acusatória restou entendido que tratava-se de mero erro de digitação. Quanto à nulidade referente à habilitação do assistente do MP, não haveria o que se falar, pois teria sido feita dentro do prazo, tratando o ato da acusação de mero complemento. Ressalta que tais argumentos já foram discutidos em plenário.

Ouvida, a douta Procuradora de Justiça (fls.460/461) opinou pela manutenção *in totum* da decisão guerreada, uma vez que as arguições de nulidades já teriam sido devidamente esclarecidas e justificadas pela Juíza Presidente daquele Tribunal do Júri.

É o relatório. Passo a votar.

Recurso interposto no prazo legal, sem qualquer fatos impeditivo ou extintivo do direito de recorrer.

O âmago da insurgência recursal centra-se nas irregularidades encontradas

no curso da sessão de julgamento do Tribunal do Júri, consistentes na falta de leitura do libelo-crime, na discrepância entre a decisão de pronúncia e o libelo acusatório, bem como na nomeação de assistente de Ministério Público fora do rol do art. 33 do Código de Processo Penal.

Por amor ao didatismo, façamos a análise recursal em tópicos.

a) Nomeação de assistente do Ministério Público fora das hipóteses legais

Conforme alegado pelo apelante, foi habilitada para funcionar na assistência ao Ministério Público, através de advogado, uma pessoa estranha ao rol de pessoas descritas no art. 33 do Código de Processo Penal, sendo dita intervenção estranha ao processo, por ausência de capacidade postulatória.

Observa-se que a irresignação apelatória tem como base o fato de a assistente do MP, Maria Alice da Conceição, ter constituído união estável com a vítima, e não ser civilmente casada. Além disso, na sessão de julgamento pelo Tribunal do Júri, foi apresentada certidão de nascimento da filha da vítima com a Sra. Maria Alice, Maria Edileusa Leandro da Silva, bem como seu pedido de habilitação em substituição à sua mãe, o que foi prontamente deferido pela magistrada condutora dos trabalhos.

Conforme bem colocado pela referida sentenciante monocrática, não há que se falar em qualquer irregularidade capaz de causar nulidade, haja vista a regularização do feito, juntando-se aos autos todos os documentos comprobatórios da relação de parentesco exigida pela lei para que haja a correta atuação como assistente do Ministério Público.

Ainda que isso não tivesse sido feito, o fato de a vítima não ter sido civilmente casada com a mãe da atual assistente do Ministério Público em nada prejudicaria sua atuação processual, visto que a Constituição Federal equipara a União Estável – nos autos comprovada por meio de certidão de casamento religioso – ao casamento civil, com vários efeitos análogos.

Por fim, e o argumento também é importante, não há que se falar em qualquer prejuízo ao apelante que gere a necessidade de imposição da sanção de nulidade ao caso, vez que as provas dos autos são robustas para comprovar sua culpabilidade.

Neste particular, nega-se provimento ao recurso.

b) Falta de leitura do libelo-crime em plenário

Outra insatisfação recursal ventilada pelo apelante refere-se à falta de leitura do libelo-crime em plenário por parte do representante do Ministério Público, violando-se procedimento próprio do Tribunal do Júri, o que gerou prejuízo para o apelante.

Neste ponto, também não merece provimento o recurso do apelante, visto que não há qualquer prova de que o apelante tenha sido prejudicado pela falta da leitura, que, ao fim e ao cabo, trata-se de mero ato formal, cuja não realização não traz qualquer mácula ao procedimento em si, nem às partes em especial.

Outrossim, lembre-se que a minirreforma do Código de Processo Penal realizada no ano de 2008 suprimiu o libelo acusatório do rito do Tribunal do Júri, o que demonstra sua desnecessidade para o procedimento.

Ainda, remansosa jurisprudência pátria demonstra a ocorrência de mera irregularidade pela ausência de leitura do libelo-crime:

> TJMG: Não configura nulidade e sim mera irregularidade a ausência de leitura do libelo na sessão de julgamento, mormente se o órgão de acusação esclareceu aos jurados acerca dos pontos em julgamento. (Ap. Crim. 00085871-67.2007.8.13.0534. Rel. Des. Ediwal José de Morais. Julg. em 19 set. 2009.)

> TJRS: No que diz com a prejudicial invocada não leitura do libelo tal omissão constitui-se em mera irregularidade, não havendo efetivo prejuízo. (AP. Crim. 70021691423. Rel. Des. José A. H. Preiss. 3a. C. Crim. Julg. em 27 mar. 2008.)

c) Desacordo entre o libelo-crime e as qualificadoras da pronúncia

Num último esforço argumentativo, procura o apelante desconstituir a decisão soberana dos jurados, alegando que ela está eivada de vício, vez que houve desacordo entre a decisão de pronúncia – que determinou a remessa do acusado a Júri com base nas qualificadoras constantes dos incisos I e II do § 2º. do art. 121 do Código Penal – e o libelo-crime, que qualificou o homicídio com base nos incisos II e IV do mesmo parágrafo e artigo, trazendo uma inovação processual, prejudicando sensivelmente a defesa.

Acredito que a resposta para esta insatisfação do apelante encontra-se devidamente esclarecida na ata da sessão do Tribunal do Júri, em que a magistrada presidente disse o seguinte:

> "Quanto ao libelo, é importante observar que um dos princípios fundamentais do processo penal é o *iura novit curia*, do qual decorre a regra *narra mihi factum dabo tibi ius*, que significa que o réu se defende dos fatos e de sua descrição e não da capitulação legal do crime. Isto quer dizer que

> o mais importante é a descrição, o próprio fundamento em si. Na sentença de prounúncia, o juiz José Krentel Ferreira Filho referiu-se expressamente às qualificadoras indicadas no libelo acusatório. (…) Ora, vemos aqui que houve apenas um equívoco na hora do dispositivo, pois na fundamentação o Exmo. Juiz referiu-se às qualificadoras indicadas no libelo. Por esta razão, entendo que o libelo está de acordo com a pronúncia e não incide aqui a nulidade levantada pela defesa. (...)"

Por isso, entendo suficiente a fundamentação exarada pela magistrada presidente da sessão do Tribunal do Júri, ao rechaçar a pretensão anulatória do apelante, já que mero erro material não pode ter o condão de anular todo um procedimento, sob pena de se suplantar o conteúdo pela forma, o que fere de morte o tão propalado princípio da instrumentalidade do processo. Em outras palavras, o processo é meio para a realização do direito no caso concreto, e não fim.

Este é o entendimento do colendo Superior Tribunal de Justiça, em análise de caso semelhante ao ora em julgamento:

> HABEAS CORPUS. CRIME DE HOMICÍDIO. LIBELO-CRIME. CORRELAÇÃO COM A SENTENÇA DE PRONÚNCIA. DELIMITAÇÃO DO CONTEXTO FÁTICO. ESCLARECIMENTOS SOBRE A CONDUTA IMPUTADA AO PACIENTE. POSSIBILIDADE.
>
> 1. Descabe reconhecer nulidade por inobservância do princípio da congruência quando não há discrepância entre a sentença que pronuncia o acusado e o libelo-crime acusatório. É necessário que a peça acusatória, dentro do delimitado pela sentença de pronúncia, detalhe a conduta criminosa imputada ao acusado, para permitir a análise do fatos pelo Tribunal do Júri.
>
> 2. Ordem denegada. (HC 74.176/PR, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 18/12/2008, DJe 09/02/2009)

d) Conclusão

Por todo o exposto, nego provimento ao recurso de apelação interposto pela defesa, acostando-me incondicionalmente ao parecer exarado pelo douto Procurador de Justiça.

É como voto.

Fortaleza, 01 de agosto de 2011.

Nº 25023-33.2005.8.06.0000/0
APELAÇÃO CRIME (DE FORTALEZA)
APELANTE: RAIMUNDO GABRIEL GALDINO
APELADA: JUSTIÇA PÚBLICA
RELATOR: DES. LUIZ GERARDO DE PONTES BRÍGIDO

-Apelação crime.
-Assalto.
-Não há que se falar em nulidade, por cerceamento de defesa, se o advogado do paciente, embora devidamente intimado, deixou de oferecer defesa prévia no tríduo legal. Ademais, nas regras do procedimento anterior, referida peça processual, tradicionalmente, não se prestava a enfrentar o mérito da causa, sendo, portanto, prescindível.
-Constitui mero erro material a falta de assinatura do defensor no termo de audiência, desde que sua presença possa ser constatada pelo conteúdo do referido documento, como na espécie.
-Prolegômenas infundadas e, daí, rejeitadas, a curto e pronto.
-A existência de prova, deveras convincente, tocante a autoria delitiva, consubstanciada na segura identificação pessoal do réu, em Juízo, feita com segurança pelas vítimas, pai e filho, que descreveram, com a mesma convicção, toda a cena delituosa, é o quanto basta para a condenação, especialmente quando a evasiva defensória, desconectada do probatório, se perde no vácuo das palavras.
-Condenação mantida, reformada a sentença apenas no que diz ao regime prisional, que passa a ser o inicialmente fechado, a fim de que o apelante possa alcançar, caso seja, a progressão carcerária.
-Provida em parte.
-Decisão unânime.

Vistos, relatados e discutidos estes autos acima identificados.

1 – Condenado a 8 anos de reclusão, regime fechado, pelo crime do art. 157, § 2º, I e II, do CP. O sobrenomeado apela. Argui, de início, nulidades processuais. Não lhe foi concedido o direito de apresentar defesa prévia. E, de parelha, não foi acompanhado por defensor numa das audiências de instrução. Enfim, e no mérito, que a prova é insuficiente para o juízo de culpa havendo, assim, por essa ou aquelas razões, de ser reformada a decisão singular.

Contraminutado pela Promotoria, que rebateu, ponto a ponto, as razões recursais, vê-se que a PGJ, a sua vez, pronunciou pelo desprovimento do reclamo.

É o relatório.

2 – Abre-se a análise do recurso, com a lembrança de que a defesa prévia não é peça essencial á validade do processo, daí porque a ausência dessa peça não perfaz causa de nulidade, desde que o defensor tenha sido intimado para apresentá-la, consoante ocorreu e foi certificado nestes autos.

A advertência é do STJ: "Inexiste nulidade, se o advogado constituído omite-se na apresentação da defesa prévia, quando regularmente intimado, visto que referida peça não é obrigatória" (5ª T., HC 52.786/SP, rel. Min. NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, DJU de 06/08/2007, p. 552).

Quanto à outra questão prévia, tudo indica que o causídico que subscreveu o recurso, não leu, com a devida atenção, os autos. Na verdade, o magistrado, com acuidade e zelo, nomeou o dr. Ronaldo Braga Teles Monteiro, advogado, bom dizer, do co-réu Antônio Marcos de Moraes, para a audiência de oitiva das testemunhas do processo, conforme observa-se no termo de audiência de fl. s. 89, sendo irrelevante, in casu, o fato do causídico ter esquecido de apor sua assinatura no referido termo, o que representa, quando muito, mero erro material, nunca, jamais nulidade.

Coadjuvação jurisprudencial: "A falta de assinatura do defensor dativo no termo de audiência, por si só, não autoriza o reconhecimento de sua ausência, mormente quando há o registro de seu comparecimento ao ato, não podendo, portanto, implicar na anulação da ação penal" (STJ, 5ª T., HC 48.576/MG, rel.ª Min.ª LAURITA VAZ, DJU de 01/08/2006, p. 472).

"Sobram na curva", como costumam dizer os apreciadores de corridas da "Fórmula 1", as caquéticas prolegômenas suscitadas na impugnação recursal, por

conseguinte rejeitadas, a curto e pronto.

Ao mérito.

Na tarde de 17 de agosto de 1999, Raimundo Gabriel Galdino e seu comparsa, Antônio Marcos de Morais, com revólveres em punho, tomaram, com uso de violência, depois de invadir o estabelecimento comercial da vítima, Eleomar Saraiva Girão, localizado na Av. José Bastos, Bairro Pici, a importância de R$ 3.920,00, um cordão de ouro, um relógio Champion, um talonário de cheques, um celular, vinte e cinco cd´s e um veículo F-1000, pertencente a Francisco Emerson Jonas Girão, filho da vítima, que utilizaram na fuga.

A alegada inocência, para logo se descobre, é de vistoso vazio fático-jurídico e para descartá-la basta dizer que o apelante foi reconhecido em juízo, e com absoluta segurança, pelas vítimas, pai e filho, que descreveram, com igual firmeza, os momentos de medo e aflição que viveram nas mãos dos assaltantes. A execução desse tipo de crime, saber trivial, sempre se dá de forma favorável ao agente ativo, traduzida na vulnerabilidade do ofendido e na ausência de testemunhas. Daí porque "o entendimento que segue prevalecendo, sem qualquer razão para retificações, é no sentido de que, na identificação do autor, a palavra da vítima é de fundamental importância" (JUTACRIM vol. 91, p. 407).

De modificar-se parcialmente o *decisum* recorrido, todavia, no tópico referente ao regime prisional, que passará a ser o inicialmente fechado, de modo que o apelante possa, cumprido um sexto da pena, alcançar progredimento carcerário, cabendo ao juiz da execução, requerido o benefício *opportuno tempore*, avaliar se o sentenciado implementa os demais requisitos para usufruir do favor legal.

Nada mais a acrescentar.

3 – Do que posto, ACORDA a 1ª CÂMARA CRIMINAL do TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO CEARÁ, por unanimidade e nos termos do voto do Relator, em conhecer do apelo e dar-lhe parcial provimento, para, confirmada a condenação, fixar no inicialmente fechado o regime de cumprimento da reclusiva, de modo a que o apelante, cumprido 1/6 da pena (LEP, art. 112), alcance progredimento carcerário, cabendo ao juiz da execução, requerido o benefício opportuno tempore, avaliar se o sentenciado implementa os demais requisitos para usufruir do favor legal.

Fortaleza, 9 de setembro de 2008.

PROCESSO Nº: 25359-08.2003.8.06.0000/0
APELAÇÃO CRIMINAL – 1ª VARA DO JÚRI DA COMARCA DE FORTALEZA
APELANTE: CARLOS FRANCISCO ALVES DE SOUSA
APELADA: JUSTIÇA PÚBLICA
RELATOR: DESEMBARGADOR PAULO CAMELO TIMBÓ

EMENTA: PROCESSUAL PENAL. APELAÇÃO CRIMINAL. TRIBUNAL DO JÚRI. ANULAÇÃO DO JULGAMENTO. DECISÃO MANIFESTAMENTE CONTRÁRIA À PROVA DOS AUTOS. INOCORRÊNCIA. VERSÃO ACOLHIDA PELOS JURADOS DEVIDAMENTE COMPROVADA NOS AUTOS. SENTENÇA MANTIDA. RECURSO IMPROVIDO.

1. Em decorrência do princípio da soberania dos vereditos, a anulação do julgamento do Conselho de Sentença, sob a alegativa de manifesta contrariedade à prova dos autos, somente é possível quando estiver completamente divorciada dos elementos de convicção constantes dos autos, ou seja, quando proferida em contrariedade a tudo que consta dos fólios, o que não ocorre na espécie.
2. Os jurados podem acolher uma das teses apresentadas, em detrimento de outras, por lhes parecer a que melhor amparo encontra na prova coligida, o que, por si só, não enseja a anulação do julgamento por contrariedade à prova dos autos.
3. Na hipótese, a tese acatada pelos jurados encontra forte amparo nas provas colacionadas aos autos, não havendo que se falar em decisão contrária à prova dos autos.
4. Recurso conhecido e improvido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de Apelação Criminal, ACORDAM os desembargadores da 2ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Ceará, à unanimidade e em consonância com o parecer ministerial, em NEGAR PROVIMENTO ao recurso interposto, nos termos do voto do Relator.

Fortaleza, CE, 01 de agosto de 2011.

RELATÓRIO

Trata-se de Apelação Criminal, interposta por Carlos Francisco Alves de Sousa, contra a sentença (fls. 121/123) que o condenou nas tenazes do art. 121, § 2º, II e IV, c/c art. 61, III, "e", ambos do Código Penal.

O feito tramitou regularmente, tendo o réu sido submetido a julgamento pelo Tribunal do Júri, o qual entendeu por sua condenação por homicídio qualificado (art. 121, § 2º, II e IV, c/c art. 61, III, "e", ambos do Código Penal), condenando-o a uma pena de 13 (treze) anos de reclusão, em regime inicialmente fechado.

Aduz o apelante (fls. 126/132), que a decisão dos jurados foi contrária à prova dos autos, vez que o réu teria agido sob o albergue da legítima defesa, requerendo a anulação do julgamento.

Recebido e contrariado o recurso, o Ministério Público pugnou pelo improvimento do apelo (fls. 133/137).

Nesta Superior Instância, a Procuradoria Geral de Justiça manifestou-se pelo improvimento da apelação (fls. 143/145).

É o relatório.

VOTO

Conheço do recurso, posto que presentes os requisitos de sua admissibilidade.

Como relatado, trata-se de Apelação Criminal, interposta por Carlos Francisco Alves de Sousa, contra a sentença (fls. 121/123) que o condenou nas tenazes do art. 121, § 2º, II e IV, c/c art. 61, III, "e", ambos do Código Penal.

O feito tramitou regularmente, tendo o réu sido submetido a julgamento pelo Tribunal do Júri, o qual entendeu por sua condenação por homicídio qualificado (art. 121, § 2º, II e IV, c/c art. 61, III, "e", ambos do Código Penal), condenando-o a uma pena de 13 (treze) anos de reclusão, em regime inicialmente fechado.

Aduz o apelante (fls. 126/132), que a decisão dos jurados foi contrária à prova dos autos, vez que o réu teria agido sob o albergue da legítima defesa, requerendo a anulação do julgamento.

A presente apelação ampara-se no art. 593, III, "d", do Código de Processo Penal, que trata da anulação do julgamento do Tribunal do Júri, por manifesta contrariedade à prova dos autos. Nesse sentido, cabe-nos tão somente determinar se o julgamento encontra algum amparo na prova coligida aos autos, ou se realmente está completamente divorciado dos elementos probatórios carreados, ressaltando que somente neste último caso é possível sua anulação, em virtude do princípio da soberania dos vereditos, consagrado na Constituição Federal de 1988, em seu artigo 5º, inciso XXXVIII, alínea "c", *in verbis*: "*é reconhecida a instituição do júri, com a organização que lhe der a lei, assegurados: (...) c) a soberania dos veredictos*".

Portanto, somente é passível de anulação a decisão dos jurados quando

arbitrária, completamente em desacordo com as provas dos autos, não se incluindo aqui a decisão que, analisando os elementos probatórios, optar por uma das teses apresentadas.

Nesse sentido é a jurisprudência desta Corte:

> Ementa: APELAÇÃO CRIMINAL. TRIBUNAL DO JÚRI. ANULAÇÃO DO JULGAMENTO POR CONTRARIEDADE À PROVA DOS AUTOS. INOCORRÊNCIA. DECISÃO MANTIDA.
> I - Em obediência ao princípio constitucional da soberania dos vereditos, previsto no art. 5º, inciso XXXVIII, alínea ”c” da Constituição Federal, somente se anula o julgamento do Tribunal do Júri quando sua decisão for manifestamente contrária à prova dos autos, ou seja, quando não tiver apoio em qualquer elemento de convicção constante dos fólios, sendo proferida ao arrepio de tudo quanto mostra o caderno processual, o que, seguramente, inocorre na espécie.
> II - Apelo improvido. (Apelação nº 6756200780601371, Relator Des. FRANCISCO HAROLDO R. DE ALBUQUERQUE, 1ª Câmara Criminal, julgado em 04/05/2010)
>
> Ementa: RECURSO APELATÓRIO. HOMICÍDIO QUALIFICADO. TRIBUNAL DO JÚRI. RÉU CONDENADO A 15 (QUINZE) ANOS E 06 (SEIS) MESES DE RECLUSÃO. TESE DE LEGÍTIMA DEFESA PRÓPRIA NÃO ACOLHIDA. DECISÃO QUE ENCONTRA APOIO NA PROVA DOS AUTOS. NENHUMA RAZÃO PARA SE ANULAR O JULGAMENTO. SOBERANIA DO CONSELHO DOS SETE PARA OPTAR PELA VERSÃO QUE LHE PARECER MAIS VEROSSÍMIL.
> 1.As decisões dos jurados, em face do princípio constitucional de sua soberania, somente serão anuladas quando inteiramente contrárias à prova dos autos (Súmula nº 6 do TJ-CE).
> 2.Recurso conhecido e improvido. (Apelação nº 435649200380601122, Relator Des. HAROLDO CORREIA DE OLIVEIRA MÁXIMO, 1ª Câmara Criminal, julgado em 05/05/2010).

Analisando-se, acuradamente, os autos, verifica-se que a versão acolhida pelos jurados apresenta-se verossimilhante, possível, com vasto apoio no acervo probatório. Vejamos:

> Declarações prestadas por Clevandira Pereira Pio, conhecido por “Nira”, às fls. 21/21v - […] que esclarece a declarante ter tomado conhecimento através de uma vizinha, de que estava havendo um tumulto na casa de D. Rita, ocasião em que a declarante lembrou-se de que seu amásio “Carlinho” tinha

> se dirigido à casa de sua mãe (D. Rita), tendo a declarante saído correndo rumo a casa de D. Rita, e ao aproximar-se daquele local, não chegou a entrar na casa, a caminho encontrou Carlinhos que vinha correndo com uma faca na mão, seguido por outro irmão de nome Paulo e mais adiante outra pessoa chamava por Carlinhos; Que esclarece a declarante que Carlinhos não deu ouvidos a ninguém, e continuou correndo […] ao encontrar-se com seu amásio, este estava quase todo ensanguentado; Que esclarece a declarante que após alguns momentos, já bem melhor, foi informada de que Carlinhos tinha assassinado o irmão Pedro, a golpes de faca […].
>
> Depoimento de Francisco Lopes dos Santos, às fls. 57 - […] quando ia saindo de casa com a mulher ouviu Paulo Sérgio irmão da vítima e do acusado gritando e pedindo socorro porque seu irmão Carlinhos tinha furado seu irmão Pedro […].

A materialidade delitiva restou devidamente comprovada através do auto de exame de corpo de delito (cadavérico), acostado às fls. 09/10.

Portanto, as provas dos autos comportam a tese acolhida, qual seja, a de que o réu praticou o delito de homicídio qualificado, ressaltando que os depoimentos colacionados comprovam a autoria delitiva.

Destaque-se, ainda, que cabe a escolha entre as teses possíveis exclusivamente ao Conselho de Sentença, constitucionalmente designado para julgar os crimes dolosos contra a vida.

Destarte, não se pode afirmar que a tese acolhida pelos jurados encontra-se completamente divorciada dos elementos de convicção. Na verdade, a tese encontra-se devidamente amparada na prova dos autos, como acima demonstrado. Se essa versão é a mais verossímil, a mais acertada, sequer cabe a esta Corte analisar, em virtude da soberania dos vereditos, cabendo, apenas, perscrutar se existe algum elemento de prova capaz de amparar a tese acolhida pelo Conselho de Sentença.

Assim sendo, entendo não ser possível a anulação do julgamento do Tribunal do Júri, posto que não houve arbitrariedade em sua decisão, devendo ser a mesma mantida intacta.

Assim leciona Guilherme de Souza Nucci[1]:

> O ideal é anular o julgamento, em juízo rescisório, determinando a realização de outro, quando efetivamente o Conselho de Sentença equivocou-se, adotando tese integralmente incompatível com as provas dos

[1] NUCCI, Guilherme de Souza. Código de Processo Penal Comentado. 9. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

> autos. Não cabe anulação, quando os jurados optam por uma das correntes de interpretação da prova passíveis de surgir.

No mesmo sentido, o entendimento da 2ª Câmara Criminal desta Corte de Justiça:

> Ementa: TRIBUNAL DO JURI - SOBERANIA DOS VEREDICTOS - ACOLHIMENTO DE UMAS DAS VERSÕES CONSTANTES NO CONJUNTO PROBATÓRIO - AUSÊNCIA DE JULGAMENTO CONTRÁRIO À PROVA DOS AUTOS - DECISÃO MANTIDA.
> I- É pacífico na doutrina e na jurisprudência, que, existindo duas teses com respaldo na prova produzida, o acolhimento de uma delas por parte do Conselho de Sentença não faz, a decisão, ser considerada como "manifestamente contrária à prova dos autos", para anular o veredito;
> II - Apelo improvido. (Apelação nº 93651200080601411, Relator Des. Francisco Gurgel Holanda, 2ª Câmara Criminal, julgado em 29.01.2010).

Ademais, tal entendimento foi sumulado neste Tribunal, através da Súmula nº 6/TJCE, que diz: "*As decisões dos jurados, em face do princípio constitucional de sua soberania, somente serão anuladas quando inteiramente contrárias à prova dos autos*".

É dizer que, somente aquela decisão completamente arbitrária, e contrária à tudo o que consta dos autos, é passível de anulação. A simples opção dos jurados por uma das teses, ainda que não pareça a escolha mais acertada, não permite que a competência para julgar os crimes dolosos contra a vida seja usurpada pelas autoridades judiciais, as quais não receberam tal competência constitucionalmente. Portanto, a soberania dos vereditos deve prevalecer, sendo mitigada exclusivamente em casos excepcionais, como nas decisões arbitrárias e sem nenhum amparo probatório, o que não ocorre no caso em tela.

Assim, existindo amparo probatório para a tese acatada pelos jurados, resta claro que a decisão não foi arbitrária ou manifestamente contrária à prova dos autos, afastando a hipótese de anulação do julgamento.

EM FACE DO EXPOSTO,

Conheço do apelo, para negar-lhe provimento, em consonância com o parecer ministerial, mantendo inalterada a sentença recorrida.

É como voto.

Fortaleza, 01 de agosto de 2011.

PROCESSO N°: 3002-92.2000.8.06.0047/1
TIPO DE PROCESSO: APELAÇÃO
JUÍZO ORIGINÁRIO: JUÍZO DE DIREITO 1ª VARA DA COMARCA DE BATURITÉ
APELANTE: MINISTÉRIO PÚBLICO
APELADO: FRANCISCO XAVIER DE FREITAS
RELATORA: DESA. FRANCISCA ADELINEIDE VIANA

EMENTA: APELAÇÃO. PENAL. PROCESSO PENAL. ART. 121, *CAPUT*, DO CPB. SENTENÇA ABSOLUTÓRIA. RECURSO MINISTERIAL. ALEGAÇÃO DE INTERFERÊNCIA DO JUIZ PRESIDENTE NA VOTAÇÃO NA HIPÓTESE DE RESPOSTAS CONTRADITÓRIAS. AUSÊNCIA DE REFORMULAÇÃO DE TODOS OS QUESITOS ONDE RESIDE A CONTRADIÇÃO. CABIMENTO. NULIDADE ABSOLUTA. NOVO JULGAMENTO ORDENADO. INTELIGÊNCIA DO ART 489 DO CPP, COM REDAÇÃO PREVISTA NO ART. 490 MODIFICADO PELA LEI Nº 11.689/2008. Recurso conhecido e provido.

1. Verificada contradição nas respostas dos jurados, tomadas por maioria, hão que ser reformulados *in totum* os quesitos onde reside a contradição, afastando-se, assim, a possibilidade de induzimento ou persuasão do Conselho de Sentença pelo Magistrado, ainda que de forma despretensiosa. O esclarecimento acerca da contradição, portanto, exige a reformulação de todos os quesitos envolvidos, sob pena de incorrer-se em nulidade de natureza absoluta, evitando-se, com isso, a possibilidade de violação ao princípio do livre convencimento íntimo, próprio da instituição do Júri, à qual está garantida constitucionalmente a soberania de seus veredictos.
2. Recurso conhecido e provido.

ACÓRDÃO

VISTOS, relatados e discutidos os presentes autos nº3002-92.2000.8.06.0047/1, em que foi interposta apelação pelo Ministério Público contra sentença proferida no Juízo da 1ª Vara da Comarca de Baturité, pela qual restou absolvido Francisco Xavier de Freitas.

ACORDAM os Desembargadores integrantes da 2ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, por unanimidade, em dar provimento ao recurso, em consonância com o voto da eminente Relatora.

RELATÓRIO

O Ministério Público denunciou Francisco Xavier de Freitas, dando-o por incurso no art. 121, § 2º, II e IV, do Código Penal Brasileiro.

Consta na denúncia que:

> No dia 02 de fevereiro de 1996, por volta das 24:00 horas na localidade de Oiticica, nesta cidade, o réu, armado de faca, ceifou a vida de Francisco Marcélio Gadelha, como demonstra o Laudo de Exame de Corpo de Delito acostado às fls. 03.
>
> Consta que o réu, vítima e outros amigos, resolveram tomar umas cachaças, tendo concluído sua peregrinação etílica na localidade de Oiticica.
>
> Durante o período em que estiveram juntos nada houve para motivar a ação tida como delituosa do réu. No entanto, em dado momento, o réu chamou a vítima para um lugar mais afastado, e pediu a esta a faca portava, sendo atendida, ainda com votos de amizade, já que afirmou nesta hora que o réu era seu amigo. Talvez fizesse referência ao pequeno entrevero ocorrido meses antes, quando a vítima agredira a pessoa do réu com socos.
>
> Voltando para onde se encontravam os outros, de inopino, a vítima voltou para encontro do réu, e este de forma maliciosa o esperava de arma em punho, aplicando-lhe um certeiro golpe no peito esquerdo, momento em que a vítima extasiada não moveu um músculo, vindo a cair logo depois já sem vida.
>
> Agindo desta forma, o réu praticou a conduta classificada como homicídio doloso qualificado pela futilidade e surpresa.

A peça exordial de delação foi recebida em 14/03/1996 e veio lastreada no inquérito policial iniciado por portaria (fls.04/18).

Interrogado (fls.22/23), ato em que declarou haver atuado contra a vítima em legítima defesa.

Defesa prévia apresentada (fls.24)

Instrução criminal realizada com a oitiva das testemunhas arroladas pela Promotoria de Justiça e pelo réu (fls.27/27v, 28, 29, 30, 31/31v, e 32). Por ocasião da audiência, presentes o Promotor de Justiça e o advogado constituído por instrumento procuratório de fls. 25, não se observa pleito de realização de diligências, com determinação de vista dos autos à Promotoria de Justiça para fins de apresentação de alegações finais.

Peça derradeira oferecida pelo Ministério Público (fls.34/37), ato em que requereu a pronúncia do acusado pelo crime previsto no art. 121, *caput*, do Código Penal Brasileiro. A Defesa, por seu turno (fls.40/42), pugnou por um decreto absolutório com base na excludente de ilicitude de legítima defesa.

Sentença de pronúncia (fls.44/46), pela qual foi o réu submetido ao Tribunal Popular do Júri, nos termos requeridos pela Promotoria de Justiça, dela intimado pessoalmente o réu às fls. 68v. Às fls. 87, vindo posteriormente petição pela qual o advogado se dá por intimado da referida decisão e declara esta residindo nesta Comarca.

Libelo-crime acusatório (fls.71), com requerimento de condenação do

acusado conforme delito tipificado na sentença de pronúncia, do qual restou pessoalmente intimado o réu, conforme certidão de fls. 86v e expedida carta de intimação à Defesa, com comprovante de recebimento juntado às fls. 92v.

Incluído o processo na pauta de julgamento, interpôs a Defesa pedido de adiamento, restando deferido (fls. 115), o que veio a ocorrer em outras duas ocasiões distintas.

Submetido a julgamento pelo Tribunal Popular do Júri, restou o réu absolvido, nos termos do art. 23, II, do Código Penal Brasileiro, exarada sentença datada de 23 de novembro de 2004(fls.234/235).

Inconformado, o Promotor de Justiça interpôs o presente recurso, alegando preliminarmente a ocorrência de nulidade na sessão de julgamento, requerendo seja o réu submetido a novo julgamento pelo Conselho de Sentença. No mérito, requer seja submetido a novo julgamento por não vislumbrar nos autos tenha o réu agido sob o manto da excludente de ilicitude (fls. 242 e 243/263).

Contrarrazões (fls. 265/274), em que a Defensoria Pública requer seja desprovido o recurso e mantida a sentença na íntegra.

Com vista dos autos, a Excelentíssima Senhora Procuradora de Justiça manifestou-se pelo conhecimento e provimento do recurso (fls.285/288).

É o breve relatório.

VOTO

Presentes os requisitos de admissibilidade, conheço a apelação criminal ora posta em mesa.

Trata-se de recurso de apelação ofertado pelo Ministério Público contra sentença pela qual restou absolvido Francisco Freitas Xavier, depois de pronunciado nos termos do art. 121, *caput*, do Código Penal Brasileiro.

Preliminarmente alega o recorrente a ocorrência de nulidade por ocasião da sessão do Tribunal Popular do Júri. Quanto ao mérito, alega que o réu não atuou sob o manto da excludente de ilicitude da legítima defesa.

Analiso, então, a preliminar suscitada.

Afirma o Ministério Público que o Conselho de Sentença fora, de forma despretensiosa, induzido na resposta a um dos quesitos, porquanto o Juiz entendeu que a ofertada ao sétimo constituía contradição em relação às demais respostas até então apresentadas, fato que foi imediatamente por ele refutado. Diz assim que, ao esclarecer aos Jurados que haviam atuado em contradição ao sétimo quesito e lhes indagar se desejavam fosse reformulado, o Magistrado *a quo* induziu o Conselho de Sentença, que modificou a resposta ao referido quesito, vindo o réu a ser absolvido.

Compulsando os autos, verifico assistir razão ao Ministério Público. Explico.

Alega o *parquet* a existência de nulidade, porquanto a explicação e a reformulação do sétimo quesito pelo Magistrado *a quo* de certo terá induzido o Conselho de Sentença a proferir decisão diversa, inclusive aponta a modificação da resposta a quesito, antes dada como "não" e, após a explicação e reformulação, dada como "sim".

Sobre o tema, colaciono a lição contida *in* Teoria e Prática do Júri, de

Adriano Marrey, Alberto Silva Franco e Rui Stoco, Editora RT. Ed. 6ª, p.378 e 379:

> 51.6 Contradição nas respostas aos quesitos
>
> Poderá ocorrer, no curso da votação, que a resposta dada a determinado quesito se apresente em contradição com a já apurada em relação a outros. As respostas poderão estar em choque. Caberá, nessa hipótese, ao Juiz Presidente explicar aos jurados em que consistiu contradição verificada e submeter novamente à votação os quesitos a que se referirem as respostas contraditórias (CPP, art. 489).
>
> Em ocorrendo tal situação, a votação deverá ser renovada em relação a todos os quesitos anteriores, já apreciados pelo Conselho de Jurados, e não apenas quanto aquele em que se tenha verificado contradição com outro. Conforme ponderou em voto no TJSP o Des. Canguçu de Almeida, "a partir do instante em que chamou a atenção dos jurados para o que considerava uma contradição nas respostas que estavam dando (o Juiz Presidente), renovando a votação apenas do 2º questionário, claro que estava, indiretamente, induzindo o Conselho de Sentença a retificar o que já havia afirmado. Pois, se não fosse feito, haveria de prosseguir a contradição que o juiz dizia estar ocorrendo".
>
> A ementa do acórdão então proferido, ordenando a realização de novo julgamento, diz o seguinte, no mesmo teor - "a renovação da votação em virtude de contradição nas respostas dos jurados deve abranger todos os quesitos a que se referirem tais respostas, sob pena de coibição da liberdade de convicção dos juízes populares, além de potencial persuasão. É o que determina a lei e é o que resulta de exame racional do permissivo do art. 489 do CPP. Por isso é que o jurado não fica vinculado ao que decidiu nos quesitos anteriores" (Ac. TJSP-Ap. 91.063-j. 27.12.1990-Rel. Des. Renato Nalini – RT 668/265).
>
> Incabível será, todavia, que o Juiz Presidente nessa ocasião consulte os jurados a respeito e aceite a manifestação de algum deles, no sentido de desejar a repetição da votação. O ato é próprio do Magistrado, que não tem o que justificar. E os jurados não têm o direito de exprimir a intenção de novamente votar. Aliás, se o fizessem, estariam a desvendar o próprio voto, o que daria causa á anulação do julgamento. Em julgamento de hipótese semelhante, assim decidiu o Tjsp-ac. Ap. 108.069 – j. 22.04.1992 – Rel. Dês. Dirceu de Mello – RT 682/309.
>
> Se dúvida não houver ocorrido, passará o Juiz Presidente a fazer votar os demais quesitos.
>
> Decidiu-se: "Júri – Nulidade – Indevida interferência do Juiz Presidente

> do Tribunal na votação do questionário – Repetição desnecessária da mesma, quando não havia contradição nas respostas – Novo julgamento ordenado – Inteligência do art.489 do CPP: A lei só permite a interferência do juiz na votação do questionário na hipótese de repostas contraditórias mandando renová-las. È claro que sobre respostas contraditórias não pode ser construída sentença" (TJSP – RT439/358).
> Insiste-se em que deliberações do Júri são sempre tomadas em maioria dos votos. Somente quando a maioria constituída se apresenta (responde) contraditoriamente é que ocorre a nulidade. Impossível, destarte, invalidar-se o julgamento da maioria, pela eventual incoerência da minoria (TJSP – RT 422/101)

Certo é, assim, que já à época do ato processual vergastado não seria outro o procedimento a ser adotado, em casos tais de contradição, senão o de submeter à votação dos jurados os quesitos envolvidos na contradição verificada pelo Presidente do Conselho. É o que se infere do próprio texto legal então vigente:

> Art. 489. Se a resposta a qualquer dos quesitos estiver em contradição com outras ou outras já proferidas, o juiz, explicando aos jurados em que consiste a contradição, submeterá novamente à votação os quesitos a que se referirem tais respostas.

Nesse passo, a lei processual agora vigente mantém a anterior e o entendimento à época adotado por nossos Tribunais, transcrito na lição ora colacionada. Assim está disposto no Código de Processo Penal:

> Art. 490. Se a resposta a qualquer dos quesitos estiver em contradição com outra ou outras já dadas, o presidente, explicando aos jurados em que consiste a contradição, submeterá novamente à votação os quesitos a que se referirem tais respostas. (Redação dada pela Lei nº 11.689, de 2008)

É o que se vê *in* As Nulidades no Processo Penal, ADA Pellegrini Grinover, Antônio Magalhães Gomes Filho e Antônio Scarance Fernandes, Editora RT, ed. 12ª, p. 260 e 261:

> Refere-se ainda o Código à nulidade por contradição nas respostas do Conselho de Sentença aos diversos quesitos; nesse caso, a afirmação de proposições inconciliáveis evidencia defeito fundamental, seja na compreensão de pergunta formulada, seja no ato de votar, capaz de viciar radicalmente a manifestação da vontade do tribunal popular.
> Ocorrendo contradição, deve o juiz presidente, de acordo com o que prescreve o art. 490 do CPP (redação atual), submeter novamente à votação os quesitos a que se referem as respostas antagônicas, explicando antes aos jurados os motivos da contradição; se não foi feito, de rigor a anulação do julgamento; a nulidade é absoluta.

No caso em análise, a partir da simples leitura da ata da sessão do Júri realizada no dia 23 de novembro de 2004, verifica-se a ocorrência da nulidade arguida. Ali consta nos seguintes termos:

> Fica consignado que a votação do sétimo quesito da tese de legítima defesa, foi refeita após a votação dos excelentíssimos jurado, em virtude do MMº Juiz Presidente entender que os mesmos não estavam seguros do que foi respostados, ou seja, incoerência com o que foi respondido nos quesitos anteriores e em decorrência disto, indagou aos Srs. Jurados se desejavam que fosse refeito o dito quesito e por maioria de cinco votos a dois decidiram que assim o desejavam e assim foi feito, sendo que na primeira resposta do dito quesito teve-se votação de 03 SIM e 04 NÃO e quando refeita por vontade da maioria obteve-se cinco SIM e 02 NÃO, indagada a defesa e o Ministério Público a defesa concordou que fosse refeita a votação enquanto que o Ministério Público discordou. Por outro lado, pelo MM Juiz foi dito que insistia em fazer nova votação do quesito de que se cuida, tendo em vista que a vontade do Conselho de Sentença é soberana e se por maioria de votos assim se manifestou, a mim caberia apenas atendê-los. Após a votação dos quesitos, o MM Juiz, com base na decisão do Conselho de Jurados, que acolheu a tese da defesa, proferiu a sua sentença, absolvendo o acusado FRANCISCO FREITAS XAVIER...

Assim, verifica-se que o Excelentíssimo Senhor Juiz *a quo*, apontando a existência de contradição entre a resposta ao sétimo quesito e as anteriores apresentadas pelo Conselho de Sentença, reformulou pergunta concernente somente àquele quesito, não cuidando de reperguntar acerca dos demais que, para ele, constituíam a contradição. Ora, a teor do questionário acostado às fls.231/233, o sétimo quesito refere-se à tese de legítima defesa, que vinha sendo objeto de apreciação desde o terceiro quesito. Portanto, havia o Magistrado que reformular as perguntas desde então, porque a resposta ao sétimo quesito estaria em contradição com a tese de legítima defesa, abordada desde o terceiro quesito, o que constitui motivo de nulidade absoluta.

Dessa forma, impõe-se o reconhecimento da nulidade de natureza absoluta a reclamar seja o réu submetido a novo julgamento pelo Tribunal Popular do Júri, dando-se provimento ao recurso nos termos do art.593, III, "a", do Código de Processo Penal.

ISSO POSTO, em consonância com o parecer da douta Procuradoria Geral de Justiça, conheço e dou provimento ao presente recurso, acolhendo a preliminar de nulidade absoluta, determinando seja o réu FRANCISCO XAVIER DE FREITAS submetido a novo julgamento pelo Júri Popular, restando prejudicada a análise do recurso quanto às alegações de mérito.

Outrossim, deverá a Secretaria de Vara providenciar a intimação do causídico constituído pelo réu para a sessão designada, tendo em vista que a nomeação de membro da Defensoria Pública para atuar em sua defesa se deu somente para a sessão realizada no dia 23 de novembro de 2004, a teor do despacho de fls. 216.

Fortaleza, 12 de setembro de 2011.

PROCESSO Nº: 37821-60.2004.8.06.0000/0
APELAÇÃO CRIMINAL – 6ª VARA DO JÚRI DA COMARCA DE FORTALEZA
APELANTE: FRANCISCO DOS SANTOS SILVA
APELADA: JUSTIÇA PÚBLICA
RELATOR: DESEMBARGADOR PAULO CAMELO TIMBÓ

EMENTA: PROCESSUAL PENAL. APELAÇÃO CRIMINAL. TRIBUNAL DO JÚRI. INJUSTIÇA NA APLICAÇÃO DA PENA. INOCORRÊNCIA. PENA APLICADA ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. POSSIBILIDADE. SENTENÇA MANTIDA. RECURSO IMPROVIDO. PRESCRIÇÃO. EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE. DECLARAÇÃO DE OFÍCIO.

1. É adequada a aplicação da pena acima do mínimo legal, quando alguma(s) das circunstâncias do art. 59 do Código Penal forem desfavoráveis ao réu, devendo o juiz singular fundamentar objetivamente a majoração da pena base e indicar, com dados concretos e existentes nos autos, o motivo da elevação da pena, o que ocorreu na hipótese.

2. Enquadrando-se o apelante no prazo prescricional do art. 109, III, c/c art. 115, ambos do Código Penal, que resulta em 06 (seis) anos, verifica-se que já foi alcançado pelo instituto da prescrição intercorrente, uma vez que a sentença foi publicada em 30.08.2004, ou seja, há quase 07 (sete) anos.

3. Recurso conhecido e improvido. De ofício, declarada extinta a punibilidade pela prescrição da pretensão punitiva estatal.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de Apelação Criminal, ACORDAM os desembargadores da 2ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Ceará, à unanimidade e em consonância com o parecer ministerial, em NEGAR PROVIMENTO ao recurso interposto, e de ofício, declarar extinta a punibilidade em virtude da prescrição da pretensão punitiva estatal, nos termos do voto do Relator.

Fortaleza, CE, 01 de agosto de 2011.

RELATÓRIO

Trata-se de Apelação Criminal, interposta por Francisco dos Santos Silva, com arrimo no art. 593, III, "c", do Código de Processo Penal, contra a sentença que o condenou nas tenazes do art. 121, § 1º, do Código Penal, alegando injustiça na aplicação da pena, posto que a pena base deveria ter sido aplicada no mínimo legal.

O feito tramitou regularmente, tendo o réu sido submetido a julgamento pelo Tribunal do Júri, o qual entendeu por sua condenação por homicídio privilegiado, condenando-o a uma pena de 04 (quatro) anos e 04 (quatro) meses, em regime semiaberto.

Aduz o apelante (fls. 173/174) que houve injustiça na aplicação da pena, uma vez que o réu era primário e de bons antecedentes, devendo a pena base ser fixada no mínimo legal, e não acima deste, como ocorreu, posto que o magistrado *a quo* aplicou uma pena base de 07 (sete) anos de reclusão.

Recebido e contrariado o recurso, o Ministério Público pugnou pelo improvimento do apelo (fl.175/177).

Nesta Superior Instância, a Procuradoria Geral de Justiça manifestou-se pelo improvimento da apelação (fls. 184/186).

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 dos Santos Silva, com arrimo no art. 593, III, "c", do Código de Processo Penal, contra a sentença que o condenou nas tenazes do art. 121, § 1º, do Código Penal, alegando injustiça na aplicação da pena, posto que a pena base deveria ter sido aplicada no mínimo legal.

O feito tramitou regularmente, tendo o réu sido submetido a julgamento pelo Tribunal do Júri, o qual entendeu por sua condenação por homicídio privilegiado, condenando-o a uma pena de 04 (quatro) anos e 04 (quatro) meses, em regime semiaberto.

Aduz o apelante (fls. 173/174) que houve injustiça na aplicação da pena, uma vez que o réu era primário e de bons antecedentes, devendo a pena base ser fixada no mínimo legal, e não acima deste, como ocorreu, posto que o magistrado *a quo* aplicou uma pena base de 07 (sete) anos de reclusão.

Analisando-se a sentença atacada (fls. 166/167), vislumbra-se que a mesma encontra-se irretocável, posto que o nobre magistrado fundamentou, embora de modo

sucinto, adequadamente sua decisão, ponderando todos os elementos coligidos aos autos e cotejando-os com as circunstâncias constantes do art. 59 do Código Penal, para então extrair a pena base.

Portanto, resta clarividente a correção com que a pena foi aplicada, estando devidamente adequada, coerente e fundamentada, tendo o magistrado analisado objetivamente todas as circunstâncias do art. 59 do Código Penal, respeitando o sistema trifásico de aplicação da reprimenda, justificando, assim, a aplicação da pena base acima do mínimo legal.

Nesse sentido:

> Ementa: APELAÇÃO CRIMINAL. TRIBUNAL DO JÚRI. HOMICÍDIO QUALIFICADO-PRIVILEGIADO. NULIDADE DO JULGAMENTO POR VÍCIO NA QUESITAÇÃO. NÃO CONHECIMENTO. MATÉRIA PRECLUSA. REDUÇÃO DA PENA. IMPOSSIBILIDADE. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS AO RÉU. APELO PARCIALMENTE CONHECIDO, MAS IMPROVIDO.
>
> I – *Omissis.*
>
> II - Quando o juiz singular fixou a pena-base acima do mínimo legal, o fez por considerar que algumas das circunstâncias previstas no supracitado art. 59 se apresentam desfavoráveis ao réu, especialmente sua crueldade e frieza; sua extrema agressividade, inclusive demonstrada em plenário; a intensidade do dolo por ele exercitado; seu péssimo comportamento, vez que já respondeu a seis procedimentos criminais, todos por crimes de violência contra a pessoa, bem como sua personalidade, que se mostra violenta e periculosa. Embora não se possa elevar a pena-base do réu por conta da crueldade de sua ação, já que, realmente, tal elemento já qualificou o crime, as demais circunstâncias judiciais desfavoráveis, acima evidenciadas, se apresentam como razões suficientes para a manutenção da sanção no patamar arbitrado.
>
> III - Apelo parcialmente conhecido, mas improvido. (Apelação nº 91059200780600922, Relator Des. FRANCISCO HAROLDO R. DE ALBUQUERQUE, 1ª Câmara Criminal, TJCE, julgado em 27.04.2010) Grifei.

Colaciono, ainda, trecho do parecer da Procuradoria Geral de Justiça (fls. 184/186), no mesmo sentido:

> […] Como visto, não é só à primariedade e aos antecedentes criminais que deve o magistrado observância quando da fixação da pena-base. Deve o julgador analisar toda a conjuntura que circunda o evento delituoso.
>
> No caso em liça, restaram órfãos os filhos da inditosa vítima que foi barbaramente assassinada. Ademais, o laudo cadavérico de fls. 54 atesta que o crime foi cometido com requintes de crueldade, em virtude da intensidade e quantidade de lesões.
>
> Destarte, o juiz fixou a pena-base um ano acima do mínimo legal, certamente em observância à intensidade do dolo do apelante, às consequências do crime, bem como para evitar novas transgressões, que poderiam animar-se em razão da temerária sensação de impunidade, por vezes levadas a efeito com sanções que se iniciam em regime aberto. […].

Assim sendo, entendo não merecer qualquer reforma a sentença, posto que atendeu amplamente a todos os requisitos legais, tanto no tocante à dosimetria da pena, quanto à fundamentação da decisão.

Contudo, verifica-se que a punibilidade do réu foi alcançada pelo instituto da prescrição, tendo em vista que sua pena concreta foi de 04 (quatro) anos e 04 (quatro) meses, enquadrando-o no prazo prescricional de 12 (doze) anos, nos termos do art. 109, III, do Código Penal.

Este prazo deve ser reduzido de metade, de acordo com a determinação contida no art. 115 do Código Penal, tendo em vista que o réu era menor de 21 (vinte e um) anos de idade à época do fato, como ficou estabelecido na sentença condenatória.

Portanto, resulta o prazo prescricional de 06 (seis) anos para o apelante, o qual foi alcançado há quase um ano, posto que a sentença data de 30 de agosto de 2004, ou seja, há quase 07 (sete) anos.

Assim sendo, reconheço a extinção da punibilidade pela prescrição da pretensão punitiva estatal.

EM FACE DO EXPOSTO,

Conheço do apelo, para negar-lhe provimento, em consonância com o parecer ministerial, mantendo incólume a sentença vergastada e, de ofício, declarar extinta a punibilidade em virtude da prescrição da pretensão punitiva estatal.

É como voto.

Fortaleza, 01 de agosto de 2011.

PROCESSO: APELAÇÃO CRIME N. 4496-60.2005.8.06.0000/0 – FORTALEZA-CE
APELANTES: FRANCISCO JONH DA SILVA SANTOS E MINISTÉRIO PÚBLICO ESTADUAL
APELADOS : MINISTÉRIO PÚBLICO ESTADUAL E FRANCISCO JONH DA SILVA SANTOS
RELATOR: DESEMBARGADOR JOÃO BYRON DE FIGUEIRÊDO FROTA

EMENTA: PENAL. TRIBUNAL DO JÚRI. ART. 121, *CAPUT,* CP. CONDENAÇÃO A SEIS ANOS DE RECLUSÃO. REGIME SEMIABERTO. APELAÇÕES DA ACUSAÇÃO E DA DEFESA. DECISÃO MANIFESTAMENTE CONTRÁRIA A PROVA DOS AUTOS. APELAÇÕES NÃO PROVIDAS.

I – Condenado pela prática de crime de homicídio, o réu requer a reforma da decisão dos jurados, visto que teria havido julgamento manifestamente contrário à prova dos autos.

II – O Ministério Público Estadual apela, requerendo a reforma da decisão dos jurados, por não incluir o réu nas qualificadoras do art. 121, §2º, I, IV, do CP.

III – As provas dos autos foram suficientemente concretas, oferecendo lastro para que o Conselho de Sentença do Tribunal do Júri decidisse pela condenação do réu por homicídio simples.

IV – Nega-se provimento aos recursos de apelação.

Vistos, relatados e discutidos estes autos da Apelação Criminal n. 4496-60.2005.8.06.0000/0, da Comarca de Fortaleza, neste Estado, no qual são partes as acima nominadas.

ACORDA a 2ª Câmara Criminal do Egrégio Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, por unanimidade de votos, em negar provimento aos recursos de apelação, nos termos do voto do eminente Desembargador Relator, em consonância ao parecer ministerial.

Cuida-se de ação penal movida pelo Ministério Público Estadual contra Francisco Jonh da Silva Santos, ora Apelante, em que pede seja este condenado nas iras do art. 121, §2º, incisos I e IV, do Código Penal.

Consta na peça delatória (fls. 02/03) que no dia 02 de novembro de 2002, por volta das 22:00, os denunciados, Francisco Jonh da Silva Santos e Jonas da Silva

Santos, desferiram cinco tiros contra Edvaldo de Sousa Lopes, suficientes para causar-lhe à morte, conforme laudo cadavérico que repousa às fls. 19 e 20.

Submetido ao devido processo legal, garantido o contraditório e a ampla defesa, e realizado o julgamento perante o Conselho de Sentença, o Tribunal do Júri condenou o apelante Francisco Jonh da Silva Santos à pena de seis anos de reclusão em regime prisional semiaberto, tendo-lhe sido concedido o direito de apelar em liberdade.

Inconformado com o *decisum*, Francisco Jonh da Silva Santos interpôs recurso adequado, requerendo a reforma da decisão do Tribunal do Júri, alegando incongruência entre a decisão do conselho de sentença, que acolheu parcialmente a tese defendida pelo Ministério Público, qual seja, homicídio simples (artigo 121, CP), e o conteúdo probatório disposto nos autos do processo em questão.

Chamado às contrarrazões, o Representante do Ministério Público pugnou pela improcedência do pleito recursal (fls. 217/221), reiterando integralmente os termos da peça delatória.

O *parquet,* por sua vez, apelou (fls. 223/226) requerendo a reforma da decisão, alegando que o Conselho de Sentença julgou manifestamente contrária à prova dos autos , haja vista que não reconheceu as qualificadoras do homicídio (art. 121, § 2°, incisos I e IV, CP) suscitadas na denúncia.

Contra-arrazoando, a defesa fincou posição pelo indeferimento do pleito ministerial (fls. 228/232), acatando a decisão do Júri, afastando as qualificadoras e condenando o réu por homicídio simples.

Ouvido, o douto Procurador de Justiça (fls. 240/243) opinou pelo conhecimento dos recursos de apelação, tempestivos e próprios, tendo em vista que os mesmos satisfazem os pressupostos de admissibilidade, porém se posicionou pelo total improvimento dos pleitos recursais, mantendo-se a sentença da 6° Vara do Tribunal do Júri de Fortaleza.

É o relatório. Passo a votar.

Recursos tempestivos, não havendo qualquer questão impeditiva ou extintiva do direito de recorrer.

Tratam-se de concorrentes recursos de apelação criminal, endereçados, um e outro, ao Egrégio Tribunal de Justiça do Estado do Ceará em reproche ao conteúdo sentenciador exarado contra Francisco Jonh da Silva Santos, argumentos que suscitam a tese de julgamento manifestamente contrário à prova dos autos, art. 593, inc. III, "d", CPP.

Pelo exame acurado dos autos, é facilmente detectável que, de fato, no dia 02 de novembro de 2002, por volta das 22:00, Francisco Jonh da Silva Santos, agindo em parceria de Jonas da Silva Santos, já falecido (fls. 88), assassinaram a vítima

Edvaldo de Sousa Lopes, por meio de 05 disparos de arma de fogo.

A defesa apela (fls. 209/215) requerendo a reforma da decisão do Conselho de Sentença do Tribunal do Júri, suscitando a tese de negativa de autoria, baseando-se, sobretudo, no depoimento de Josefa Barbosa Alves (fls.168/169), pois segundo este, o apelante, no dia do crime, encontrava-se na cidade de Apuarés-CE, condição que, segundo a defesa, não foi contrariada no decorrer do processo.

Denota-se da formação probatória que a eliminação da vítima teve como palco a circunscrição residencial de Jorgilane de Andrade Antunes, testemunha visual de toda a incursão criminosa praticada pelo denunciado.

O depoimento da testemunha Jorgilane de Andrade Antunes (fls. 101/103) é cristalino no sentido de apontar a autoria e a materialidade do delito em questão à Francisco Jonh da Silva, vulgo ‘’Jonh Weyne’’, senão vejamos:

> “... que passados poucos minutos chegaram na casa do depoente os acusados que já chegaram atirando, o que fez com que o depoente e a vítima saíssem correndo para o quintal; que nesta hora Jonh Weyne atirando em direção à vítima conseguiu derrubá-la no chão e se aproximou daquele dando-lhe mais alguns tiros...” (fls. 101/103)

Neste mesmo sentido, Adriana Santos Silva, às fls. 10, no decorrer da fase administrativa, informou, literalmente:

> “... Que a depoente se deparou com dois homens que passaram por sua pessoa, sendo que os mesmos entraram em um beco que ficava logo a frente; que ambos estavam armados de revólver, e logo que os mesmos entraram no referido beco, a depoente passou a ouvir disparos de uma arma de fogo; que em seguida os mesmos saíram do beco, passaram novamente por sua pessoa, sendo que um dos elementos ainda disse: ‘’matamos o homem..’’.”

Do confronto entre as teses ministerial e defensiva, a maioria dos jurados decidiu soberanamente pela prevalência do conteúdo acusatório.

A autoria e a materialidade do delito em questão estão fartamente comprovadas pelas provas repousadas no corpo dos autos, as quais sejam o laudo cadavérico (fls. 19/20) e de exame de local (fls. 54/61).

Assim, o cabedal probatório aponta para a autoria do homicídio de Edvaldo de Sousa Lopes imputado a Francisco Jonh da Silva Santos, motivo pelo qual a apelação da defesa se configura como improcedente.

O *Parquet* apela (fls. 222/226) no sentido de reformar a decisão do Tribunal do Júri pelo não acolhimento das qualificadoras inscritas no art. 121, § 2°, incisos I e IV, do CP, haja vista que o crime teria sido cometido de forma torpe, ou seja, moralmente reprovável. Ademais, o *modus operandi* do qual o autor teria se valido para perpetrar o fato em tela dificultou a defesa do ofendido, já que este, desarmado, fugiu, refugiando-se na casa de um amigo. Não obstante, foi lesionado por disparos que lhe suprimiram a vida.

A apelação ministerial se configura como improcedente, tendo em vista que não existem provas seguras sobre as qualificadoras reclamadas no recurso, pois a "torpeza" foi ventilada como um mero juízo de possibilidade pela testemunha Jorgilane de Andrade Antunes. Quanto à qualificadora do art. 121, § 2°,IV, do CP, a vítima, mesmo que de maneira infrutífera, ainda tentou escapada do ataque mortífero, motivo pelo qual, não autoriza o reconhecimento do " uso de recurso dificultou ou impossibilitou" a defesa da vítima.

A decisão do Conselho de Sentença que afastou uma tese em privilégio de outra, ambas escoradas de lado a outro com instrumentos de convicção, não merece o signo de arbitrariedade ou de contrariedade ao contexto da prova.

Desta feita, a decisão proferida pelo Conselho de Sentença e sufragada pelo magistrado na sentença que condenou o apelante a pena de 06 (seis) anos de reclusão, tendo como base o art. 121, *caput,* do Código Penal, em nada destoa da prova dos autos, preservando-se o princípio constitucional da soberania dos veredictos.

Faço minhas as palavras de Júlio Frabbini Mirabete:

> Não é qualquer dissonância entre o veredicto e os elementos de convicção colhidos na instrução que autorizam a cassação do julgamento. Unicamente, a decisão dos jurados que nenhum apoio encontra na prova dos autos é que pode ser invalidada. É lícito ao Júri, portanto, optar por uma das versões verossímeis dos autos, ainda que não seja eventualmente essa a melhor decisão. (*Código de Processo Penal Interpretado*. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2004, p. 1488)

Em apoio ao entendimento exposto, faz-se necessário colacionar decisões judiciais, no mesmo sentido, *in verbis*:

> CRIMINAL. RECURSO ESPECIAL. JÚRI. TENTATIVA DE HOMICÍDIO. RECURSO DEFENSIVO. PLEITO DE NOVO JULGAMENTO. CONTRARIEDADE À PROVA DOS AUTOS. INOCORRÊNCIA.

> EXISTÊNCIA DE DUAS VERSÕES A RESPEITO DO CRIME. DOSIMETRIA. CULPABILIDADE. ASPECTO SUBSUMIDO AO TIPO PENAL. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO. ***Não se caracteriza como manifestamente contrária à prova dos autos a decisão que, optando por uma das versões trazidas aos autos, não se encontra inteiramente divorciada da prova existente no processo.*** (...) (STJ. REsp 1209829/MS, Rel. Ministro GILSON DIPP, QUINTA TURMA, julgado em 16/12/2010, DJe 01/02/2011)
>
> APELAÇÃO. JÚRI. LEGITIMA DEFESA. ABSOLVIÇÃO. DECISÃO APOIADA EM PARTE DA PROVA. ***A decisão dos jurados que enseja anulação para que submetido o réu a novo julgamento é aquela que não tem qualquer apoio na prova dos autos. Se o contexto probatório permitir tanto a opção de acolhimento da excludente da antijuricidade como a de condenação, o júri pode escolher qualquer dos veredictos sem que seja arbitrária. A decisão manifestamente contrária à prova não é a menos justa, mas a divorciada do contexto.*** NEGADO PROVIMENTO. (TJRS. Apelação Crime n. 70020336723 3ª. Câmara Criminal. Rel. Des. Elba Aparecida Nicolli Bastos. Julg. 06.set.2007)

No mesmo sentido caminha este egrégio sodalício, ao consolidar entendimento na Súmula n. 6 desta egrégia Corte, cujo enunciado informa que *as decisões dos jurados, em face do princípio constitucional de sua soberania, somente serão anuladas quando inteiramente contrárias à prova dos autos.*

Isso posto, negam-se provimentos aos recursos de apelação, mantendo-se *in totum* a sentença guerreada, em consonância com o parecer do douto Procurador de Justiça.

Fortaleza, 01 de agosto de 2011.

Habeas Corpus

Nº: 11810-91.2004.8.06.0000/0
HABEAS CORPUS (DE UBAJARA)
IMPETRANTE: FRANCISCO LEOPOLDO MARTINS FILHO
PACIENTE: FRANCISCO HERBERT ARAGÃO JÚNIOR
IMPETRADO: JUIZ DE DIREITO DA VARA ÚNICA DA COMARCA DE UBAJARA
RELATOR: DES. LUIZ GERARDO DE PONTES BRÍGIDO

***-Habeas corpus*.**
-Trancamento de ação penal.
-A Constituição Federal não atribuiu, ao Ministério Público, competência para proceder diretamente investigação criminal, confiou a atividade às policias civil e federal, autorizando-o, apenas, a requisitar diligências investigatórias e a instauração do inquérito policial.
-Ao realizar a fase inquisitória para depois denunciar, o *Parquet* perdeu a sua imparcialidade e usurpou a função institucional da policia judiciária.
-Concede-se a ordem à unanimidade.

Vistos, relatados e discutidos os autos acima identificados.

1 - Pretende-se o trancamento de ação penal, instaurada contra o paciente, por delitos contra a ordem tributária estadual. Alega-se, em síntese, que a denúncia está lastreada em investigação policial efetuada pelo Ministério Público, ilícita, por conseguinte, e que inexiste justa causa para a instância penal, por certo que faltante viabilidade para o juízo acusatório.

Com as informações nos autos, o parecer da PGJ foi pela denegação do *writ*.

É o relatório, a breve e curto.

2 - A douta Procuradora Geral da Justiça, através da portaria de nº 1.191/2003, designou dois Promotores de Justiça da entrância especial, para apurar, em conjunto com o representante do *Parquet* atuante em Ubajara, o delito, em tese, contra a ordem tributária, atribuído ao ora paciente, verificado no âmbito da empresa Destilaria Santa Inês Ltda.

As atribuições e prerrogativas do Ministério Público estão definidas na Constituição Federal, que não lhe concedeu o poder de investigação criminal,

reservando-o, e exclusivamente, à polícia judiciária. A portaria não deixa a menor dúvida de que o Ministério Público promoveu a investigação criminal preliminar, ao invés de requisitar à instituição competente. Ao realizar a fase inquisitória para depois denunciar, o *Parquet* perdeu a sua imparcialidade e usurpou a função institucional da policia judiciária.

Esse desvio, ou abuso, resulta, por primeiro, na inconstitucional pretensão de o Ministério Público fazer-se um superpoder, por segundo, na ilicitude da prova por ele arrecadada, que assim nada vale, e por terceiro, e pelo conhecido Princípio da Derivação, a ilicitude, também, da atividade acusatória em juízo, porque passa a ser mero desdobamento da indevida investigação criminal preliminar, que deu azo à denúncia.

Essa Câmara já decidiu, por voto de lavra do eminente Desembargador Fernando Ximenes, nos autos do *habeas corpus* nº 2004.0001.5987-9/0, perfeitamente afinado com a orientação até hoje dominante no STF:

> "(...) 2. Não possui, igualmente, competência o Ministério Público, para proceder diretamente investigação criminal, pois esta atividade é constitucionalmente confiada às policias civil e federal (art. 144 §1º e §4º da CF), ficando o *Parquet* autorizado, apenas, a requisitar diligências investigatórias e a instauração do inquérito policial, nos termos do art. 129, VIII, da Constituição da República".

Não se afirma que o paciente seja inocente da prática delitiva a ele atribuída, todavia, é lamentável, mas necessária, a adoção de medida excepcional, trancamento da ação penal, porque os Promotores de Justiça que promoveram essa investigação criminal preliminar, tangeram para o ralo a imparcialidade da respeitável e estimada instituição a qual pertencem.

Nada mais a acrescentar.

3- Do que posto, ACORDA a 1ª CÂMARA CRIMINAL do TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO CEARÁ, à unanimidade, em conceder a ordem para determinar o trancamento da ação penal, ressalvando ao Promotor de Justiça de Ubajara a faculdade, senão obrigação, de requisitar a instauração de inquérito policial para apurar os fatos atribuídos ao paciente, nos termos do voto do Relator.

Fortaleza, CE, 7 de dezembro de 2004.

PROCESSO: 0001613-33.2011.8.06.0000 – *HABEAS CORPUS*
IMPETRANTE: FRANCISCO ROGÉRIO GURGEL BARROSO
PACIENTE: ANTÔNIO MAYCOM SILVA ALVES
IMPETRADO: JUIZ DE DIREITO DA 1ª VARA DA COMARCA DE ACOPIARA
RELATOR: DES. JOÃO BYRON DE FIGUEIRÊDO FROTA

EMENTA: PENAL. PROCESSUAL PENAL. *HABEAS CORPUS*. TRÁFICO DE DROGAS, ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO, HOMICÍDIOS E LAVAGEM DE DINHEIRO. PRISÃO PREVENTIVA. ALEGAÇÃO DE INEXISTIREM ELEMENTOS FÁTICOS PARA FUNDAMENTAR A NECESSIDADE DA SEGREGAÇÃO CAUTELAR DO PACIENTE. INOCORRÊNCIA. PRESENÇA DOS PRESSUPOSTOS E REQUISITOS DA PRISÃO PREVENTIVA. DECISÃO PAUTADA EM ARGUMENTAÇÃO IDÔNEA. REFERÊNCIAS CONCRETAS. INQUÉRITO POLICIAL. EXCESSO DE PRAZO PARA O OFERECIMENTO DA DENÚNCIA. COMPLEXIDADE DA CAUSA. INVESTIGAÇÃO QUE APURA DIVERSAS MODALIDADES CRIMINOSAS COM MÚLTIPLOS INDICIADOS. PRINCÍPIO DA RAZOABILIDADE. APLICAÇÃO. ORDEM DENEGADA.

1. Na decisão que determinou a prisão preventiva do paciente, a autoridade impetrada, atenta aos sólidos indícios de sua participação nos crimes sob apuração policial e aludindo à grave e séria repercussão dos ilícitos sobre a comunidade local, considerando, ainda, a maneira como foi praticado o homicídio em tela, em que se revelou manifesta a periculosidade dos agentes, vislumbrou inalteradas as condições que conduziram à custódia cautelar do paciente, com a presença dos requisitos do art. 312, do CPP, traduzidos na garantia da ordem pública e conveniência da instrução criminal, haja vista a necessidade de coibir a reiteração dos delitos.

2. O *decisum* objurgado encontra-se devidamente lastreado em circunstâncias concretas que ensejaram a manutenção do cárcere do paciente, não havendo que se falar em carência de fundamentação na decisão combatida, pronunciada conforme os preceptivos legais de regência.

3. É consabido que eventuais condições pessoais favoráveis do acusado, por si sós, não têm o condão de assegurar

sua liberdade provisória, quando presentes os requisitos indeclináveis da segregação cautelar, como se dá *in casu*.
4. No que concerne ao aventado excesso de prazo para o oferecimento da denúncia, não obstante a dilação que se verifica na espécie, tenho que esta não se mostra injustificada, tendo em vista as peculiaridades do caso vertente, de inegável complexidade considerando que se investigam diversas modalidades delitivas praticadas por múltiplos indiciados (onze), os quais pertenceriam a suposta organização criminosa com atuação no município de Acopiara, ensejando a aplicação do princípio da razoabilidade, mormente levando-se em conta a gravidade dos crimes sob apuração.
5. Ordem conhecida, porém denegada. Decisão unânime.

ACORDAM os Membros da Segunda Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Ceará, à unanimidade de votos, em conhecer do pedido, mas para denegar a ordem, consonante o parecer da Procuradoria Geral de Justiça.

Cuida-se de pedido de *Habeas Corpus* liberatório, com requesto de medida liminar, impetrado em favor de ANTÔNIO MAYKON SILVA ALVES, preso na data de 07 de dezembro de 2010 por força de decreto de prisão preventiva da lavra do Juízo de Direito da 1ª Vara da Comarca de Acopiara.

Assevera o impetrante que foi interposto em benefício do paciente pedido de liberdade provisória junto à autoridade apontada coatora, o qual restou indeferido em decisão que reputa genérica e desprovida de fundamentação fática para comprovar a necessidade de sua permanência no cárcere, ferindo o disposto no art. 93, inciso IX, da Constituição Federal. Afirma inexistirem *in casu* os requisitos para a prisão preventiva.

Aduz, outrossim, o excesso de prazo para o oferecimento da denúncia, tendo o representante do Ministério Público solicitado novas diligências com a remessa dos autos à Delegacia de Polícia Civil de Acopiara.

Argui ostentar o paciente condições pessoais favoráveis, não possuindo antecedentes criminais, com residência no distrito da culpa e profissão definida.

Requer o deferimento liminar do *writ*, com a expedição do competente alvará de soltura, concedendo-se a ordem ao final da análise de mérito.

Juntou a documentação de fls..

Liminar indeferida por ausência dos requisitos autorizadores.

Notificado para apresentar seus informes, o Juízo de Direito demandado ratificou estarem configurados os fundamentos para a decretação da prisão preventiva do paciente, com base na ordem pública e conveniência da instrução criminal, sustentando que o excesso de prazo na formação da culpa se justifica em razão da alta complexidade da apuração de elementos periciais e testemunhais imprescindíveis para a deflagração da ação penal. Informa, na oportunidade, que os autos dos inquéritos encontram-se

na Delegacia de Polícia de origem para a conclusão de diligências imprescindíveis requeridas pela autoridade policial em pedido de dilação excepcional de prazo (fls. 239/247).

Instada à manifestação, a Procuradoria Geral de Justiça lançou parecer pelo improvimento do *writ* (fls. 248/256).

É o relatório.

O habeas corpus em tela busca lograr a liberdade do paciente escorando-se, basicamente, em duas alegações: a inidoneidade da decisão que indeferiu seu pleito de liberdade provisória e manteve sua prisão preventiva, pretensamente exarada sem elementos fáticos que comprovassem a necessidade de sua reclusão; e o excesso de prazo para o oferecimento da denúncia.

Segundo assinalam os autos, a prisão preventiva do paciente foi decretada em decorrência das investigações levadas a efeito pela Polícia Federal na operação "Lavrador", desencadeada visando ao combate do tráfico de drogas e prática de homicídios no município de Acopiara, constando dos fólios a transcrição de interceptações telefônicas captadas mediante autorização judicial em que se indica, além da participação de terceiros, o envolvimento do paciente no cometimento do crime de homicídio contra a pessoa de José Sulivan de Lima Brito.

O procedimento inquisitivo se desenvolve em face de múltiplos indiciados (fl. 29), entre os quais o paciente, sob a acusação de integrarem organização criminosa voltada à prática dos crimes de tráfico de drogas, associação para o tráfico, homicídios e lavagem de dinheiro.

O exame da decisão que indeferiu o pedido de revogação da prisão preventiva do paciente denota que a autoridade impetrada, atenta aos sólidos indícios de sua participação nos crimes sob apuração policial e aludindo à grave e séria repercussão dos ilícitos sobre a comunidade local, considerando, ainda, a maneira como foi praticado o homicídio em tela, em que se revelou manifesta a periculosidade dos agentes, vislumbrou inalteradas as condições que conduziram à custódia cautelar do paciente, com a presença dos requisitos do art. 312, do CPP, traduzidos na garantia da ordem pública e conveniência da instrução criminal, haja vista a necessidade de coibir a reiteração dos delitos.

Nesse diapasão, encontra-se o *decisum* objurgado devidamente lastreado em circunstâncias concretas que ensejaram a manutenção do cárcere do paciente, não havendo que se falar em carência de fundamentação na decisão combatida, pronunciada conforme os preceptivos legais de regência.

De outro lado, é consabido que eventuais condições pessoais favoráveis do acusado, por si sós, não têm o condão de assegurar sua liberdade provisória, quando presentes os requisitos indeclináveis da segregação cautelar, como se dá *in casu*.

Impende registrar, ainda, que esta Segunda Câmara Criminal, julgando o pedido de *habeas corpus* anteriormente impetrado em favor do paciente (processo nº. 0102036-35.2010.8.06.0000), decidiu, sob o voto condutor da eminente Desembargadora

Francisca Adelineide Viana, por votação indiscrepante, acerca da regularidade do decreto primevo do juízo monocrático que determinou a prisão preventiva do paciente, cujos fundamentos e requisitos se mantiveram inalterados consoante a precisa análise do Magistrado demandado.

No que concerne ao aventado excesso de prazo para o oferecimento da denúncia, não obstante a dilação que se verifica na espécie, tenho que esta não se mostra injustificada, tendo em vista as peculiaridades do caso vertente, de inegável complexidade considerando que se investigam diversas modalidades delitivas praticadas por múltiplos indiciados (onze – fl. 29), os quais pertenceriam a suposta organização criminosa com atuação no município de Acopiara, ensejando a aplicação do princípio da razoabilidade, mormente levando-se em conta a gravidade dos crimes sob apuração.

A jurisprudência pátria segue essa mesma linha interpretativa, senão vejamos:

> TJRS - *HABEAS CORPUS*. POSSE/PORTE ILEGAL DE ARMA DE FOGO DE USO RESTRITO. ART. 16, PARÁGRAFO ÚNICO, INCISO IV, LEI N.º 10.826/03.
>
> 1. EXCESSO DE PRAZO PARA A CONCLUSÃO DO INQUÉRITO POLICIAL. Eventual excesso de prazo máximo de duração da prisão cautelar depende de exame acurado não somente do prazo legal máximo previsto para o término da instrução criminal (critério do prazo fixo), mas também dos critérios que compõem o princípio da razoabilidade (complexidade do processo, comportamento da parte e diligência da autoridade judiciária no impulso do processo penal), e que permitem a dilação desse prazo até o limite do razoável. Por outro lado, não se pode descuidar que eventual excesso de prazo para o término das investigações policiais, ou para o oferecimento e recebimento da denúncia, pode ser compensando com posterior agilização da instrução criminal.
>
> 2. GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. RISCO DE REITERAÇÃO DELITIVA. A prisão cautelar a título de garantia da ordem pública tem nítido caráter de pena antecipada e, por ser um conceito largamente indeterminado, está sujeito a juízos incompatíveis com a segurança jurídica, sendo utilizado como mero instrumento retórico. Tal pressuposto, por si só, é alheio às finalidades estritamente cautelares, tornando-se inconstitucional, por violar o devido processo legal, a presunção de inocência e o princípio da proporcionalidade. Somente seria cabível, quiçá, fazer uma interpretação conforme a Constituição Federal se fundada a prisão cautelar no risco da reiteração delitiva. Destarte, é necessário que se tratem de crimes dolosos graves, da mesma espécie, bem como que envolvam crime de bando ou organização criminosa. *In casu*, o acusado apresenta anterior condenação

por crime da mesma espécie, não afastando a presunção de que, se posto em liberdade, voltaria a delinquir. Ademais, o presente delito, considerado crime de perigo abstrato, está assim tipificado a fim de serem evitados possíveis danos irremediáveis à integridade física dos demais cidadãos. DENEGARAM A ORDEM. UNÂNIME. (Grifo nosso). (*Habeas Corpus* Nº 70040602245, Terceira Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Odone Sanguiné, Julgado em 10/02/2011)

TJRS - *HABEAS CORPUS*. ART. 157, §2º, I e II. ROUBO QUALIFICADO. EXCESSO DE PRAZO. A demora no oferecimento da denúncia, em se tratando de causa que envolve maior complexidade, pelo caráter itinerante dos crimes imputados, pela variedade deles, bem como pelo número de acusados. Em tese, o atraso no oferecimento da denúncia pode ser recuperado mais adiante. CONFLITO DE COMPETÊNCIA. Inquestionável a matéria, tendo em vista que atendido o disposto no artigo 78, II, a, do CPP. A alegação de prisão ilegal resta afastada. CONDIÇÕES PESSOAIS DO PACIENTE. O fato de o paciente possuir predicados pessoais favoráveis, por si só, não autoriza a liberdade. ORDEM DENEGADA. UNÂNIME. (Grifo nosso). (*Habeas Corpus* Nº 70038500617, Terceira Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Ivan Leomar Bruxel, Julgado em 16/09/2010)

TJMG - EMENTA: *HABEAS CORPUS* - PRISÃO PREVENTIVA - INVESTIGAÇÃO POR FURTO QUALIFICADO, RECEPTAÇÃO DOLOSA, FORMAÇÃO DE QUADRILHA - EXCESSO DE PRAZO JUSTIFICADO - PLURALIDADE DE RÉUS E COMPLEXIDADE DO FEITO - PRISÃO PREVENTIVA DEVIDAMENTE FUNDAMENTADA - AUSÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL - ORDEM DENEGADA.
1 - Verifico que a demora para a conclusão da instrução criminal encontra-se justificada, tendo em vista a complexidade do feito e a pluralidade de investigados, não caracterizando, assim, constrangimento ilegal.
2 - Estando presentes os requisitos autorizadores da prisão preventiva, a manutenção da custódia cautelar do paciente é medida que se impõe, principalmente quando se verifica a alta periculosidade do agente demonstrada. (Grifo nosso). (HC 1.0000.09.509111-2/000(1) – QUINTA CÂMARA CRIMINAL, Relator: Des. EDUARDO MACHADO, Julgamento: 01/12/2009, Publicação: 13/01/2010).

TJMG - EMENTA: "HABEAS CORPUS" - TÓXICO - TRÁFICO - PRISÃO EM FLAGRANTE - EXCESSO DE PRAZO - RAZOABILIDADE -

COMPLEXIDADE DO FEITO - VÁRIOS AGENTES - NOVA LEI QUE DILATOU O PRAZO GLOBAL DE JULGAMENTO - LIBERDADE PROVISÓRIA - IMPOSSIBILIDADE - NEGATIVA DE AUTORIA - EXAME APROFUNDADO DAS PROVAS - NÃO-CABIMENTO. A nova lei de tóxico, verificando a realidade do alarmente aumento na atividade criminal que vem assoberbando o Poder Judiciário, dilatou os prazos anteriormente previstos que, hoje, podem compor pelo menos 180 dias para formação da culpa, mormente nos grandes centros urbanos. O atraso na fase inquisitorial, provocado pela existência de vários agentes a suscitar diligências mais complexas, não deve gerar excesso de prazo na formação da culpa, se dentro da razoabilidade tais diligências eram recomendadas. Ao paciente autuado em flagrante e denunciado como incurso nas iras do art. 33 da Lei Federal 11.343/06, não se pode conceder liberdade provisória, por ser o crime equiparado aos hediondos (art. 2º, inciso II, da Lei nº 8.072/90, editada sob o regramento do inciso XLIII do artigo 5º da Constituição Federal). A negativa de autoria demanda aprofundado exame de provas que se mostra inviável no âmbito estreito do remédio constitucional - Ordem denegada. (Grifo nosso). (HC 1.0000.06.448345-6/000(1) – PRIMEIRA CÂMARA CRIMINAL, Relator: Des. JUDIMAR BIBER, Julgamento: 06/03/2007, Publicação: 13/03/2007).

STJ - HABEAS CORPUS. CRIME CONTRA A VIDA. ALEGAÇÃO DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. PLEITO PELO RELAXAMENTO DA PRISÃO PREVENTIVA. CIRCUNSTÂNCIAS AUTORIZADORAS PRESENTES.EXCESSO DE PRAZO NA FORMAÇÃO DA CULPA. NÃO CONFIGURADO.

1. O fato de estar inserido no rol dos delitos hediondos ou equiparados não basta para a imposição da constrição cautelar, por ser necessária a existência de circunstâncias a demonstrar a adoção desta medida excepcional.

2. A prisão preventiva só deverá ser decretada quando devidamente atendidos os requisitos legais das garantias das ordens pública e econômica, por conveniência da instrução criminal ou para assegurar a aplicação da lei penal, quando houver prova da existência do crime e indício suficiente de autoria.

3. As Turmas componentes da Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça já cristalizaram o entendimento de inexistir constrangimento ilegal quando a prisão, suficientemente fundamentada, retratar a necessidade da medida para garantir a ordem pública, por conveniência da instrução ou para assegurar a aplicação da lei penal.

4. No caso concreto, a prisão dos pacientes encontra-se fundamentada na

> periculosidade e no desrespeito às normas legais, caracterizados pelo *modus operandi* do delito e, evidente, ainda, pela reiteração da prática delituosa.
> 5. Improcede a alegação de excesso de prazo para o encerramento da instrução criminal, diante da complexidade das circunstâncias dos procedimentos, sendo que, na espécie, a eventual demora se encontra justificada pela razoabilidade.
> 6. Ordem denegada. (Grifo nosso). (HC 111677 / RJ – QUINTA TURMA, Relator: Ministro ADILSON VIEIRA MACABU (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/RJ), Publicação: 19/05/2011, Publicação: DJe 114/06/2011).

> STJ - "*HABEAS CORPUS*. ART. 33, PARÁGRAFO ÚNICO DA LOMAN. INVESTIGAÇÃO. MAGISTRADO. DENÚNCIA. EXCESSO DE PRAZO. PRISÃO PREVENTIVA. VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA IGUALDADE. DENEGAÇÃO DA ORDEM. Conforme entendimento do Ministro Nelson Jobim, no voto exarado no *Habeas Corpus* no 77.355-8/RS, 2a Turma, do STF, o art. 33, parágrafo único, da LOMAN, visa proteger o magistrado no curso da investigação, sendo que se não houver necessidade de investigação quanto a este, os autos podem ser remetidos diretamente ao órgão competente para o oferecimento da denúncia. É certo que a custódia cautelar dos pacientes já superou os prazos admitidos pela jurisprudência. Todavia, devido à complexidade do feito, à pluralidade de denunciados e o envolvimento de magistrado, razoável é a demora verificada. As circunstâncias jurídicas que pesam contra os pacientes são diversas das do juiz e do advogado, assim, o princípio da igualdade não restou violado, tendo em vista que não há igualdade de circunstâncias fáticas e jurídicas entre eles." Ordem denegada. (Grifo nosso). (HC 30707/MA - QUINTA TURMA, Relator: Ministro JOSÉ ARNALDO DA FONSECA, Julgamento18/12/2003 Publicação DJ 16/02/2004).

Diante do exposto, conheço do pedido de *habeas corpus*, mas para denegar a ordem, recomendando, todavia, ao Juízo impetrado que diligencie com relação à ultimação do procedimento inquisitorial, uma vez que, segundo seus informes, os respectivos autos encontram-se na Delegacia de Polícia de origem para a conclusão de diligências reputadas imprescindíveis pela autoridade policial em pedido de dilação excepcional de prazo, consonante, quanto ao improvimento do *writ*, o parecer da Procuradoria Geral de Justiça.

É como voto.

Fortaleza, 8 de agosto de 2011.

PROCESSO: *HABEAS CORPUS* CRIME N. 0002011-77.2011.8.06.0000/0 – FORTALEZA/CE
IMPETRANTE: FRANCISCO JOSÉ BESERRA GOMES
PACIENTE: JANAILDO DE LIMA
AUTORIDADE COATORA: JUÍZO DE DIREITO DA 11ª VARA CRIMINAL DA COMARCA DE FORTALEZA-CE
RELATOR: DES. JOÃO BYRON DE FIGUEIRÊDO FROTA

EMENTA: PROCESSO PENAL. PORTE DE ARMA. AUSÊNCIA DE MATERIALIDADE DELITIVA. *HABEAS CORPUS*. TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL. IMPOSSIBILIDADE. CONCESSÃO *EX OFFICIO* DA ORDEM DE *HABEAS CORPUS*, EM VIRTUDE DA CONSTATAÇÃO DO EXCESSO DE PRAZO PARA ENCERRAMENTO DA INSTRUÇÃO.

I – Paciente requer trancamento da ação penal por falta de justa causa, por entender faltarem elementos suficientes de materialidade delitiva, já que a perícia de potencialidade lesiva da arma de fogo ainda não foi realizada.

II – Trancamento da ação penal por falta de justa causa. Impossibilidade. Aplicação da Súmula n. 7 do Egrégio TJCE: *Não cabe habeas corpus para trancamento de ação penal, sob alegação de falta de justa causa, se a delatória atendeu aos requisitos do art. 41 do Código de Processo Penal, imputando ao agente fato que, em tese, constitui crime.*

III – Denegação da ordem.

IV – Verificando-se que há mais de 8 meses o processo encontra-se aguardando a realização das diligências requeridas pelo Ministério Público, inexistindo qualquer previsão para o julgamento do feito, é de se conceder a ordem mandamental de ofício, levando-se em consideração que o paciente encontra-se preso desde 24 de agosto de 2010.

Vistos, relatados e discutidos estes autos do *Habeas Corpus* n. 2011-77.2011.8.06.0000/0, da Comarca de Fortaleza, neste Estado, no qual são sujeitos processuais os acima nominados.

ACORDA a 2ª Câmara Criminal do Egrégio Tribunal de Justiça do Estado

do Ceará, por sua composição plenária e por unanimidade de votos, em denegar a ordem requerida, em concordância ao parecer ministerial e nos termos do voto do eminente Desembargador Relator. *Ex officio*, concede-se a ordem mandamental, uma vez constatado o excesso de prazo, também em concordância ao parecer ministerial e nos termos do voto do eminente Desembargador Relator.

Trata a presente ação de *habeas corpus* impetrado por Francisco José Beserra Gomes, advogado devidamente qualificado na exordial, em favor de Janaildo de Lima, contra ato tido como coator supostamente praticado pelo Juízo de Direito da 11ª. Vara Criminal da Comarca de Fortaleza.

Nos termos da impetração, requer o trancamento da ação penal por ausência de justa causa, já que não demonstraram evidenciados, até o momento, quaisquer indícios de materialidade em desfavor do paciente, já que a perícia para constatação de funcionamento e eficácia da arma de fogo apreendida com o paciente ainda não foi realizada (fls. 1/4).

Notificada, a autoridade apontada como coatora prestou as informações (fls. 18/19). Nelas, esclarece que: a) o inquérito policial foi distribuído em 06 de agosto de 2010; b) a denúncia foi ofertada em 16 de agosto de 2010, sendo recebida em 24 de agosto de 2010; c) no dia 02 de setembro de 2010, o acusado compareceu em Juízo e tomou ciência do prazo para apresentação de defesa preliminar; d) em 13 de setembro de 2010, a defesa preliminar foi ofertada e recebida, tendo sido designada audiência de instrução e julgamento para o dia 20 de outubro de 2010; e) na data aprazada, a audiência foi realizada e a instrução, encerrada, bem como a produção probatória; f) o representante do Ministério Público, para fins de requerimento de diligências pleiteadas na denúncia, reiterou-as em 27 de outubro de 2010; g) em 21 de fevereiro de 2011, em cumprimento à Portaria 03/2011-CGJ, verificou-se a inexistência de excesso de prazo; h) o pedido de liberdade provisória formulado em 11 de agosto de 2010 deixou de ser analisado, por falta de documentos essenciais, especificamente certidões narrativas de antecedentes criminais. Juntou documentos (fls. 20/32)

De posse dos informes, abriu-se vista à Procuradoria Geral de Justiça, cuja Ilustre Representante ofereceu parecer desfavorável ao provimento do *writ,* argumentando que somente a total ausência de elementos de informação levaria ao trancamento da ação penal. Entretanto, recomendou a concessão do *mandamus* de ofício, haja vista o patente excesso de prazo para a realização das diligências requeridas pelo representante do Ministério Público (fls. 33/38).

Eis, em síntese apertada, o relatório. Passo ao voto.

Pela análise probatória estreita permitida pela via do *habeas corpus*, tenho que a conduta do Paciente é, em tese, ilícita, pelo que enxergo a presença de justa causa

como motivo bastante para denegar a concessão da presente ordem de *habeas corpus*.

Como é sabido, a justa causa revela-se por um lastro probatório mínimo que deve ter a ação penal, como forma de sustentar a inicial acusatória. No caso em tela e do relato dos autos, observa-se claramente que o fato narrado na petição inicial da ação penal configura, em tese, a descrição típica dos artigos 180, *caput*, do Código Penal, e art. 14 da Lei nº. 10.826/03, o que afasta qualquer discussão sobre a ausência de justa causa apta a provocar o trancamento da ação penal.

Sobre justa causa, preleciona o preclaro jurista mineiro José Barcelos de Souza:

> "A apreciação de alegada falta de justa causa para o processo, diante da prova, se faz de maneira completamente diferente do exame a que é submetida a prova quando se trata de falta de justa causa para a prisão.
> [...].
> O Código não prevê expressamente, para todos os procedimentos, a apreciação de matéria de prova para o recebimento da denúncia ou queixa, isso certamente porque não se reclama uma produção inicial de elementos de convicção nem há lugar para uma resposta do acusado antes do despacho de delibação, que mais se prende, desse modo, à matéria do art. 43.
> [...].
> Nos procedimentos ordinário e sumário, a abranger a maioria dos casos, não há a exigência da produção inicial de prova (pelo que será arbitrário e ilegal rejeitar a peça acusatória por sua falta, como se verá em continuação), *embora, na prática, muito excepcionalmente se encontre acusação não lastreada desde logo em inquérito policial, representação, documentos ou, mais raramente, justificação*.[1]

E mais adiante, conclui o seu raciocínio:

> "Com efeito, denúncia ou queixa que não descrever fato criminoso em tese se mostra inepta, não podendo a aptidão de uma inicial ser erigida em condição da ação.
> Do mesmo modo, a questão da justiça do processo em face da prova, matéria que diz respeito ao processo, não pode ser tratada como condição da ação.

[1] SOUZA, José Barcelos de. *Direito processual civil e penal*. Rio de Janeiro: Forense, 1995, p. 151-155, *passim*, grifos nossos.

> *Mas é aí que a justa causa se apresenta no seu sentido próprio de requisito particular de admissibilidade –- demanda com causa de pedir não destoante da prova – uma peculiaridade do processo penal sem correspondência no processo civil*.[2]

Segue este mesmo entendimento a doutrina mais abalizada:

> Também somente se justifica a concessão de *habeas corpus* por falta de justa causa para a ação penal quando é ela evidente, ou seja, quando a ilegalidade é evidenciada pela simples exposição dos fatos com o reconhecimento de que há imputação de fato atípico ou da ausência de qualquer elemento indiciário que fundamente a acusação. É possível, entretanto, verificar perfunctoriamente os elementos em que se sustenta a denúncia ou a queixa, para reconhecimento da "fumaça do bom direito", mínimo demonstrador da existência do crime e da autoria, sem o qual há falta de justa causa para a ação penal. Há constrangimento ilegal quando o fato imputado não constitui, em tese, ilícito penal, ou quando há elementos inequívocos, sem discrepâncias, de que o agente atuou sob uma causa excludente da ilicitude. Não se pode, todavia, pela via estreita do *mandamus,* trancar ação penal quando seu reconhecimento exigir um exame aprofundado e valorativo da prova dos autos.[3] (grifamos)

Há diversos escólios jurisprudenciais neste mesmo sentido:

> STF: "(...) Penal. Processual Penal. *Habeas corpus.* Denúncia. Ação Penal. Trancamento. Impossibilidade. Lei 5.250/67, arts. 21 e 22, c.c. art. 23, II.
> I – Denúncia que atende aos requisitos do art. 41 do CPP.
> II – A jurisprudência desta Corte firmou-se no sentido de que não se tranca a ação penal se a conduta descrita na denúncia configura, em tese, crime.
> III – HC indeferido" (JSTF 263/268).

> STF: "Em sede de *habeas corpus* só é possível trancar ação penal em situações especiais, como nos casos em que é evidente e inafastável a negativa de autoria, quando o fato narrado não constitui crime, sequer

[2] Ibid., p. 161, grifos nossos.

[3] MIRABETE, Julio Fabbrini. *Código de Processo Penal Interpretado*. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2004, p. 1705.

> em tese, e em situações similares, onde pode ser dispensada a instrução criminal para a constatação de tais fatos, situação que não se configura na espécie" (RT 742/533).
>
> STJ: "1. Descrevendo a denúncia crime em tese, não havendo dúvida quanto à participação dos denunciados, prossegue-se na ação penal. 2. A falta de justa causa só justifica *habeas corpus* quando a contestação aos fatos não incursiona no contraditório" (RSTJ 50/425-6).

Ainda, há que se invocar a Súmula nº. 7 deste Egrégio Tribunal de Justiça, assim redigida: "não cabe *habeas corpus* para trancamento de ação penal, sob alegação de falta de justa causa, se a delatória atendeu aos requisitos do art. 41 do Código de Processo Penal, imputando ao agente fato que, em tese, constitui crime".

Em suma, não há que se falar em constrangimento ilegal do Paciente, por haver indícios suficientes de autoria e prova da materialidade do crime, conforme narrado na cópia da denúncia. Resta, assim, perfeitamente válida a decisão judicial que recebeu a delação privada contra o Paciente, havendo justa causa para manter o curso da presente ação penal, até mesmo porque, na via angusta do *Habeas Corpus*, é difícil fazer qualquer consideração mais aprofundada sobre a prova e os fatos versados na ação penal.

Entretanto, há que se aderir ao pensamento esposado pela douta Procuradora de Justiça, que, com argúcia, apontou o excesso de prazo para a realização da diligência complementar de perícia de potencialidade lesiva da arma de fogo requerida pelo representante do Ministério Público oficiante no feito primevo.

Alie-se a isso o fato de que o paciente encontra-se preso desde o dia 24 de agosto de 2010, e não há nos autos, nem nas informações colhidas no sítio eletrônico do eg. TJCE, qualquer vestígio de que a diligência requerida será realizada em tempo próximo, fato este agravado pela greve da Polícia Civil do Estado do Ceará, que também atingiu a Perícia Forense.

Assim, não há como se aplicar, *in casu*, o enunciado da Súmula 52 do colendo Superior Tribunal de Justiça, já que, mesmo encerrada a instrução, o constrangimento ilegal pelo excesso de prazo para a realização da diligência complementar é evidente, refletindo diretamente no tempo de ergástulo provisório aplicado ao paciente.

Face a todo o exposto, voto pela denegação do *habeas corpus,* em concordância ao parecer da douta Procuradora de Justiça, no que tange ao trancamento da ação penal. De ofício, concede-se a ordem, uma vez constatado o excesso de prazo da prisão provisória, recomendando-se a soltura do paciente, se por outro motivo não deva permanecer encarcerado.

Fortaleza, 11 de julho de 2011.

PROCESSO: 0002422-23.2011.8.06.0000 – *HABEAS CORPUS*
IMPETRANTES: VLADIMIR ALBUQUERQUE DAVILA E JOÃO EDELARDO FREITAS JÚNIOR
PACIENTE: WILDSON JESUS DE BRITO
IMPETRADO: PROMOTOR DE JUSTIÇA DA 1ª VARA DE DELITOS SOBRE TRÁFICO DA COMARCA DE FORTALEZA
RELATOR: DES. JOÃO BYRON DE FIGUEIRÊDO FROTA

EMENTA: *HABEAS CORPUS* PREVENTIVO. TRÁFICO DE DROGAS E ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. REQUERIMENTO DE PRISÃO PREVENTIVA PELO MINISTÉRIO PÚBLICO. PRELIMINARES DA AUTORIDADE IMPETRADA DE ILEGITIMIDADE E INÉPCIA DA INICIAL. REJEIÇÃO. ALEGAÇÃO DE DESFUNDAMENTAÇÃO E ILEGALIDADE DO REQUESTO MINISTERIAL. INOCORRÊNCIA. ÓRGÃO ACUSADOR QUE DETÉM LEGITIMIDADE PARA O PLEITO. *DOMINUS LITIS*. ART. 93, IX, DA CF/88. COMANDO DIRIGIDO AOS ÓRGÃOS DO PODER JUDICIÁRIO. DENÚNCIA RECEBIDA. RÉU EM LIBERDADE. COAÇÃO ILEGAL INEXISTENTE. ORDEM DENEGADA.

1. Com relação à preliminar de ilegitimidade para figurar no pólo passivo do *writ*, não entrevejo como ser acolhida, porquanto a impugnação é dirigida contra ato da lavra da autoridade impetrada, passível de apreciação, em tese, por meio da vertente ação constitucional, além de deter este Sodalício a competência para processar e julgar ato imputado a membro do Ministério Público estadual, no âmbito da primeira instância, inteligência do art. 96, III, da CF/88, e art. 108, VII, "d", da CE/89.

2. Quanto à arguição de inépcia da petição inicial, melhor sorte não lhe assiste, uma vez que o caráter profilático do *mandamus* não se dá em função de o ato impugnado ter sido praticado, ou não, pela autoridade impetrada, mas em vista de a prisão do paciente não se ter efetivado até então, fato que dá lastro ao *writ* preventivo. Preliminares rejeitadas.

3. A solicitação de prisão efetuada pelo agente ministerial apenas instrumentaliza sua convicção quanto à necessidade de custódia cautelar do paciente, detendo o órgão acusador, na qualidade de *dominus litis*, toda legitimidade para fazê-lo através de requerimento direcionado à autoridade judicial com competência para apreciar e deliberar a matéria.

4. Ao Juízo processante compete decidir acerca da razoabilidade do pleito intentado, proferindo seu *decisum* sobre fundamentação clara e idônea, em estrita obediência

aos ditames do art. 93, IX, da Constituição da República, de modo que se possibilite ao acusado conhecer as razões pelas quais seja, porventura, decretada a medida cautelar, e, assim, exercitar a ampla defesa.
5. Os rigores do comando constitucional em tela aplicam-se aos membros do Poder Judiciário, cujo múnus público é decidir as questões que lhes são submetidas apresentando os fundamentos fáticos e jurídicos que dão supedâneo aos seus julgamentos.
6. Não havendo manifestação do órgão judicial a respeito da prisão preventiva do paciente, apesar de a denúncia já haver sido recebida, despiciendo perquirir nos documentos jungidos acerca da presença dos requisitos preconizados no art. 312, do CPP, bem como sobre suas pretensas condições pessoais favoráveis, notadamente no escopo de evitar a indevida supressão de instância.
7. Ordem conhecida, porém denegada. Decisão unânime.

ACORDAM os Membros da Segunda Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Ceará, à unanimidade de votos, em conhecer do pedido de *habeas corpus*, rejeitando as preliminares suscitadas pela autoridade impetrada, e, no mérito, denegando provimento à ordem, em consonância com o parecer da Procuradoria Geral de Justiça e nos termos do voto do Relator.

Os impetrantes nominados na epígrafe manejam pedido de *Habeas Corpus* preventivo em favor de WILDSON JESUS DE BRITO, contra ato reputado ilegal do Promotor de Justiça com assento na 1ª Vara de Delitos sobre Tráfico e Uso de Substâncias Entorpecentes de Fortaleza.

Asseveram que, em 17/02/2011, inspetores da Delegacia de Narcóticos da Polícia Civil do Estado do Ceará, sem ordem judicial, realizaram busca e apreensão na residência do paciente, encontrando certa quantia de "crack", uma balança de precisão e uma espátula de ferro, prendendo em flagrante delito as pessoas de Carlos Stênio Jesus de Brito, Tiago de Jesus Pereira e Jardeson Almeida do Nascimento.

Aduzem que o Promotor de Justiça impetrado, ao oferecer a peça de denúncia, acompanhou a representação da autoridade policial no sentido da prisão preventiva do paciente, o fazendo, contudo, de maneira imotivada, genérica, sem descrever as razões fáticas que o levaram a acreditar estarem presentes os requisitos previstos no art. 312, do CPP. Alegam ser dita manifestação desfundamentada, caracterizando ato ilegal e abusivo da autoridade indigitada coatora.

Arguem inexistirem os fundamentos autorizadores da segregação cautelar do paciente, que, apesar de ser usuário de drogas, ostenta condições pessoais favoráveis, sendo primário, com bons antecedentes, residência fixa e profissão definida.

Requerem a concessão liminar de salvo-conduto ao paciente, e, no mérito, o deferimento em definitivo da ordem.

Juntou a documentação de fls..

Liminar indeferida por ausência dos requisitos autorizadores. (fls. 57).

Inicialmente notificado para prestar seus informes, o Juiz de Direito da

1ª Vara de Delitos sobre Tráfico e Uso de Substâncias Entorpecentes de Fortaleza comunicou a situação e marcha do processo instaurado em desfavor do paciente e outros três réus, informando estar o feito no aguardo da audiência de instrução e julgamento, designada a data de 22/08/2011, às 13:30 h (fl. 61).

Com vista à Procuradoria Geral de Justiça, foi ofertado parecer no sentido de que fosse notificado o agente ministerial indicado como autoridade coatora, para prestar as informações que julgasse necessárias (fls. 63/65).

Acolhida a manifestação, foi determinada a notificação do aludido representante do *Parquet* estadual, que, comparecendo aos autos, aduziu preliminarmente não ter seu requerimento o condão de restringir a liberdade do paciente, sendo, pois, parte ilegítima para figurar no *mandamus* como autoridade coatora, reputando, ainda, ser inepta a inicial por configurar um absurdo lógico o manejo de *writ* preventivo contra ato já realizado. No mérito, argumenta ser medida juridicamente acertada a decretação da prisão preventiva do paciente, a fim de garantir a ordem pública (fls. 72/77).

Retornando os fólios à Procuradoria Geral de Justiça, foi lançado parecer pela denegação do *habeas corpus* (fls. 78/81).

É o que de relevante há a relatar.

A impetração em foco firma-se essencialmente sobre as seguintes assertivas: ser desfundamentado, ilegal e abusivo o requerimento do Promotor de Justiça oficiante junto à 1ª Vara de Delitos sobre Tráfico e Uso de Substâncias Entorpecentes de Fortaleza visando a que seja decretada a prisão preventiva do paciente; e inexistirem *in casu* os requisitos previstos no art. 312, do CPP, detendo o paciente condições subjetivas favoráveis e sendo, na verdade, usuário de drogas.

De início, com relação à preliminar de ilegitimidade para figurar no pólo passivo do presente *writ*, aventada pelo Promotor de Justiça impetrado, não entrevejo como ser acolhida, porquanto a impugnação é dirigida contra ato de sua lavra, passível de apreciação, em tese, por meio da vertente ação constitucional, além de deter este Sodalício a competência para processar e julgar ato imputado a membro do Ministério Público estadual, no âmbito da primeira instância, inteligência do art. 96, III, da Constituição Federal, e art. 108, VII, "d", da Constituição Estadual.[1]

Nesse mesmo sentido:

> STJ - *HABEAS CORPUS*. PENAL. AUTORIDADE IMPETRADA: PROMOTOR DE JUSTIÇA. COMPETÊNCIA DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA. ART. 96, INCISO III, DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. PRECEDENTES DESTA CORTE E DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL.

[1] Art. 96 – CF/88. Compete privativamente:

III - aos Tribunais de Justiça julgar os juízes estaduais e do Distrito Federal e Territórios, bem como os membros do Ministério Público, nos crimes comuns e de responsabilidade, ressalvada a competência da Justiça Eleitoral.

Art. 108 - CE/89. Compete ao Tribunal de Justiça:

VII - processar e julgar, originariamente:

d) os *habeas corpus* nos processos, cujos recursos forem de sua competência, ou quando o coator ou paciente for autoridade diretamente sujeita à sua jurisdição;

> 1. Conforme pacífico entendimento deste Tribunal Superior, compete ao Tribunal de Justiça local processar e julgar *habeas corpus* contra ato imputado a membro do Ministério Público estadual.
> 2. Ordem concedida, a fim de reconhecer a competência do eg. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo para a apreciação de *writ* impetrado em face de membro do Ministério Público local, determinando o prosseguimento da análise do *habeas corpus* n.º 990.09.031060-0. (HC 136370/SP - QUINTA TURMA,Relatora: Ministra LAURITA VAZ, Julgamento: 22/02/2011, Publicação: DJe 14/03/2011).

Quanto à arguição de inépcia da petição inicial, melhor sorte não lhe assiste, uma vez que o caráter profilático do *mandamus* não se dá em função de o ato impugnado ter sido praticado, ou não, pela autoridade impetrada, mas em vista de a prisão do paciente não se ter efetivado até então, fato que dá lastro ao *writ* preventivo.

Rejeito, assim, as preliminares de ilegitimidade da parte e inépcia da inicial.

A insurgência *sub oculi* tem por objeto o requerimento de prisão preventiva do paciente, constante da parte final da denúncia oferecida pelo Promotor de Justiça acionado, tachando-o de desfundamentado, ilegal e abusivo.

Malgrado a peleja dos impetrantes em seu intento, a solicitação de prisão preventiva efetuada pelo agente ministerial apenas instrumentaliza sua convicção quanto à necessidade de custódia cautelar do paciente, detendo o órgão acusador, na qualidade de *dominus litis*, toda legitimidade para fazê-lo através de requerimento direcionado à autoridade judicial com competência para apreciar e deliberar a matéria.

Com efeito, ao Juízo processante compete decidir acerca da razoabilidade do pleito intentado, proferindo seu *decisum* sobre fundamentação clara e idônea, em estrita obediência aos ditames do art. 93, IX, da Constituição da República, de modo que se possibilite ao acusado conhecer as razões pelas quais seja, porventura, decretada a medida cautelar, e, assim, exercitar a ampla defesa.

Os rigores do comando constitucional retro aplicam-se aos membros do Poder Judiciário, cujo múnus público é decidir as questões que lhes são submetidas apresentando os fundamentos fáticos e jurídicos que dão supedâneo aos seus julgamentos.

Por outro lado, as peças coligidas dão conta de que o paciente encontra-se em liberdade, não obstante a informação do Juízo monocrático de que já houve o recebimento da denúncia, estando o feito no aguardo da realização da audiência de instrução e julgamento, designada para a data de 22/08/2011, às 13:30 h.

Não havendo, desse modo, manifestação do órgão judicial a respeito da prisão preventiva do paciente, despiciendo perquirir nos documentos jungidos acerca da presença dos requisitos preconizados no art. 312, do CPP, bem como sobre suas pretensas condições pessoais favoráveis, notadamente no escopo de evitar a indevida supressão de instância.

Portanto, a análise do remédio heróico não revela esteja o paciente sofrendo ou ameaçado de sofrer qualquer coação ilegal por parte da autoridade impetrada, não se vislumbrando outro desfecho para a ordem senão a sua denegação.

Nessas condições, conheço do pedido de *habeas corpus*, mas para denegar-lhe provimento, em consonância com o parecer da Procuradoria Geral de Justiça e nos termos do voto do Relator.

É como voto.

Fortaleza, 8 de agosto de 2011.

PROCESSO: 0003042-35.2011.8.06.0000 – *HABEAS CORPUS*
IMPETRANTE: MARIA CLEYDE PAULINO PINTO
PACIENTE: JOSÉ WELLINGTON DOS SANTOS
IMPETRADO: JUIZ DE DIREITO DA VARA ÚNICA DA COMARCA DE BEBERIBE
RELATOR: DES. JOÃO BYRON DE FIGUEIRÊDO FROTA

EMENTA: PROCESSO PENAL. NULIDADES PROCESSUAIS. CERCEAMENTO DE DEFESA POR AUSÊNCIA DE CITAÇÃO PESSOAL. CITAÇÃO POR EDITAL SEM A DEVIDA SUSPENSÃO DO FEITO, NA FORMA DO ART. 366 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. CONDENAÇÃO A 8 ANOS DE RECLUSÃO. INTIMAÇÃO POR EDITAL COM PRAZO DE 20 DIAS, E NÃO DE 90 DIAS, NOS TERMOS DO ART. 392 DO CPP. AUSÊNCIA DE INTIMAÇÃO DO DEFENSOR. NULIDADES ABSOLUTAS. LIMINAR CONCEDIDA E, NESTE MOMENTO, CONFIRMADA, PELA CONCESSÃO DA ORDEM MANDAMENTAL.

I - Não há como se reconhecer a legitimidade na aplicação de uma pena privativa de liberdade se ao acusado não lhe foi garantido o mínimo direito à ampla defesa, vez que o contraditório foi violado deste o ato citatório, por erro do meirinho, e, por conseguinte, do juiz, que, acolhendo a citação por edital, deixou de decretar a suspensão do feito e do prazo prescricional, nos termos do art. 366 do CPP. Além disso, a intimação da sentença condenatória não alcançou a figura do defensor, bem como foi feito em desacordo ao prazo estipulado no art. 392 do CPP.

II - Portanto, qualquer ato constritivo de liberdade do acusado na ação penal originária está eivado de nulidade absoluta, pelo que se confirma a liminar concedida por meio da concessão da ordem mandamental, anulando-se a ação penal n. 2818-33.2000.8.06.0049, da Comarca de Beberibe, desde o ato de citação, inclusive.

Vistos, relatados e discutidos estes autos do *Habeas Corpus* n. 0003042-35.2011.8.06.0000, da Comarca de Beberibe, neste Estado, no qual são sujeitos interessados os acima nominados.

ACORDA a 2ª Câmara Criminal do Egrégio Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, por unanimidade de votos, em conceder a ordem mandamental, confirmando a liminar, nos termos do voto do Eminente Desembargador Relator, em consonância com o parecer ministerial.

José Wellington dos Santos teve impetrado *habeas corpus* com pedido de liminar em seu favor por intermédio de advogada constituída nos autos, com o

intuito de obter sua liberdade com base na presença de diversas nulidades processuais, que fulminaram de morte seu direito à correta participação no contraditório judicial, nomeadamente pelos seguintes incidentes:

a) ausência de citação pessoal, mesmo tendo endereço certo e sabido;

b) citação por edital, sem que tenha sido suspenso o curso processual e do prazo prescricional;

c) condenação à pena de 8 anos de reclusão e intimação da sentença por edital em prazo inferior ao permitido em lei;

d) ausência de intimação do defensor acerca da sentença condenatória (fls. 01/13).

A liminar foi-lhe concedida, expendido-se alvará de soltura (fls. 390/392).

Oficiada, a autoridade impetrada encaminhou o último despacho proferido nos autos, sem nada informar a este egrégio Tribunal de Justiça (fls. 395/399).

Remetidos os autos ao douto Procurador de Justiça, opinou pela concessão da ordem, haja vista os erros processuais facilmente apurados, sendo a mais importante de todas elas, e que tem como consequência o afastamento das demais irregularidades pleiteadas, a ausência de citação pessoal do acusado, sendo que ele forneceu endereço certo e, por erro da Secretaria de Vara, foi citado mediante precatória em outra comarca, resultando no não cumprimento do ato citatório à distância, minando-lhe o acesso ao contraditório e à ampla defesa (fls. 401/406).

É o relatório. Passo a votar.

A impetração firma sua linha argumentativa no sentido de que não se respeitou o direito ao contraditório e à ampla defesa do acusado, pelo fato de existir nos autos o endereço dele, e por erro da Secretaria da Vara, a citação ter sido feita mediante expedição de carta precatória, o que teve como única consequência o fato de ele não ter sido citado pessoalmente, gerando sua condenação a uma pena de 8 anos de reclusão.

Realmente, a prova pré-constituída que serviu de base para a concessão da medida liminar, mormente o ato da autoridade impetrada que decretou a revelia do acusado-paciente e nomeou-lhe defensora nos autos, em total desconsideração ao endereço certo e sabido do paciente, de fato trata-se de irregularidade insanável, que somente pode ser corrigida mediante a imposição da sanção de nulidade do ato.

Frise-se que este equívoco processual gerou imenso prejuízo ao acusado, determinando-lhe a condenação a uma pena de 8 anos de reclusão, suprimindo-lhe consideravelmente o acesso ao princípio do contraditório, que é um dos princípios que mais se identifica com o devido processo legal.

Aliás, vale lembrar que ninguém poderá ser privado da sua liberdade ou dos seus bens sem o devido processo que, no caso, restou diretamente agredido pelo desrespeito ao correto ato citatório.

Posto isso, acostando-me ao parecer ministerial, concedo a ordem mandamental, confirmando a liminar concedida, anulando o processo desde o ato citatório, inclusive.

É como voto.

Fortaleza, 8 de agosto de 2011.

PROCESSO: 0003938-78.2011.8.06.0000 – *HABEAS CORPUS*
IMPETRANTES: DIEGO HENRIQUE LIMA DO NASCIMENTO E TIMOTEO FERNANDO DA SILVA
PACIENTE: FRANCISCO NARCÉLIO DE OLIVEIRA
IMPETRADO: JUIZ DE DIREITO DA 1ª VARA DA COMARCA DE MORADA NOVA
RELATOR: DES. JOÃO BYRON DE FIGUEIRÊDO FROTA

EMENTA: *HABEAS CORPUS*. PROGRESSÃO DE REGIME. DECISÃO DO JUÍZO *A QUO* QUE TORNA NULA A EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA IMPOSTA AO PACIENTE / SENTENCIADO E DETERMINA O ARQUIVAMENTO DA CARTA DE GUIA DE RECOLHIMENTO. IMPROPRIEDADE. BENEFÍCIO DE PROGRESSÃO DE REGIME AO PRESO PROVISÓRIO PREVISTO EM LEI E ADMITIDO EM SÚMULA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. SÚMULA 716/STF. NULIDADE DO *DECISUM*. ORDEM CONCEDIDA.

1. Analisando o teor da decisão combatida, percebe-se de forma clara o equívoco em que incorreu o Juízo *a quo* na interpretação da decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento do pedido de *habeas corpus* nº. 84.078.

2. O que resta decidido naquele *decisum,* em última instância e em suma, é a proibição de antecipação da pena antes do trânsito em julgado da decisão condenatória e não a possibilidade de obtenção, por parte de presos provisórios, dos benefícios previstos na Lei de Execução Penal.

3. A concessão de benefícios próprios da execução da pena antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória é matéria recorrente na jurisprudência pátria, inclusive do Pretório Excelso, que, quanto à progressão de regime, sumulou em seus verbetes 716 e 717, respectivamente, o seguinte: "Admite-se a progressão de regime de cumprimento da pena ou a aplicação imediata de regime menos severo nela determinada, antes do trânsito em julgado da sentença condenatória"; e "Não impede a progressão de regime de

execução da pena, fixada em sentença não transitada em julgado, o fato de o réu se encontrar em prisão especial".
4. Configurando-se, na hipótese, a incorreção da decisão que tornou nula a execução provisória imposta ao sentenciado/paciente, impõe-se declarar sua nulidade, a fim de que o Juízo *a quo* delibere acerca do cumprimento, ou não, pelo paciente, dos requisitos, objetivos e subjetivos, preconizados em lei para obter a progressão de regime.
5. Considerando que, na mesma decisão, o Juízo impetrado estendeu seus efeitos a todos os procedimentos que tratam de execução provisória de cumprimento de pena oriundos das demais unidades jurisdicionais daquela Comarca, casso também nessa extensão o *decisum,* determinando o retorno das respectivas ações ao *statu quo ante* de sua prolação, de modo que a matéria *sub oculi* seja tratada e decidida nos moldes dos dispositivos legais de regência.
6. Ordem concedida. Decisão unânime.

ACORDAM os membros da Segunda Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Ceará, à unanimidade de votos, em conhecer do pedido de *habeas corpus,* para anular a decisão que tornou nula a execução provisória imposta ao sentenciado/paciente, a fim de que o juízo *a quo* delibere acerca do cumprimento, ou não, dos requisitos preconizados em Lei para obter a progressão de regime, determinando, ainda, o retorno ao *statu quo ante* das ações que tratam de execução provisória de cumprimento de pena oriundas das demais unidades jurisdicionais da Comarca de Morada Nova atingidas pelos efeitos daquele *decisum*, o que se faz em consonância com o parecer da Procuradoria Geral de Justiça e nos termos do voto do relator

Impetra-se pedido de *Habeas Corpus*, com requesto de medida liminar, em favor de FRANCISCO NARCÉLIO DE OLIVEIRA, contra ato reputado ilegal da lavra do Juiz de Direito da 1ª Vara da Comarca de Morada Nova, competente para as execuções criminais naquele foro.

Afirmam os impetrantes que o paciente cumpre pena de 18 (dezoito) anos de reclusão, pela prática de homicídio, delito ocorrido na data de 26/01/2007, e, por ser anterior à Lei 11.464/07, faz ele jus ao direito de progredir de regime após o cumprimento de 1/6 (um sexto) da pena.

Aduzem que o paciente se encontra preso desde 06/03/2007, tendo cumprido mais de 1/6 (um sexto) da pena imposta, no caso 1 (um) ano a mais que o

tempo correspondente àquela fração, além de gozar de bom comportamento, conforme certidão carcerária que anexam.

Informam que a autoridade apontada coatora exarou decisão tornando nula a execução provisória do paciente e determinando o arquivamento de todas as cartas de guia provisórias que tramitam na comarca de Morada Nova.

Reputam ser o *decisum* manifestamente ilegal, em face do que estatui a legislação pátria, estando o paciente em regime mais gravoso, apesar de ter cumprido os requisitos para obter a devida progressão e a despeito de as resoluções do Conselho Nacional de Justiça preverem a expedição da carta de guia provisória bem como as súmulas do Supremo Tribunal Federal estabelecerem a possibilidade de progressão ao preso provisório.

Requerem o deferimento liminar da ordem, a fim de que seja tornada nula a decisão do Juízo impetrado que ordenou o arquivamento da carta de guia provisória, sendo determinado seu desarquivamento e apreciação do pedido de progressão de regime pelo referido Magistrado. No mérito, pugnam seja o *writ* julgado favorável em todos os seus termos.

Juntaram a documentação de fls..

Liminar indeferida por ausência dos requisitos autorizadores.

Notificado para apresentar seus informes, o Juiz de Direito da 1ª Vara da Comarca de Morada Nova comunicou a situação e marcha do processo, informando que, da sentença condenatória, foram interpostos recursos de apelação tanto pelo Ministério Público quanto pela defesa do réu/paciente, cujos autos, por traslado, foram remetidos em 08/02/2011 a esta Instância Recursal para a devida apreciação. Afirma que, em 18 de maio de 2011, acatando parecer ministerial, "foi tornada nula a execução provisória imposta ao sentenciado, passando a competência para decidir a liberdade provisória do segregado à douta autoridade judiciária a quem o recurso foi endereçado", estando os autos, quanto ao paciente, aguardando a decisão das apelações interpostas pelo Ministério Público e por sua defesa (fls. 47/49).

Instada à manifestação, a Procuradoria Geral de Justiça lançou parecer pela concessão da ordem (fls. 31/34).

É o relatório.

Ab initio, cumpre assinalar que, sem embargo de a legislação prever o agravo em execução como o recurso cabível para os incidentes da execução criminal, *ex vi* do art. 197, da Lei 7.210/84,[1] a análise do pedido constante do *writ* se mostra plenamente cognoscível diante do exame direto da prova pré-constituída, e, bem assim,

[1] Art. 197, Lei 7.210/84. Das decisões proferidas pelo juiz caberá recurso de agravo, sem efeito suspensivo.

dos requisitos previstos em lei para a espécie, razão por que dele conheço.

Busca-se na impetração seja tornada nula a decisão do Juízo impetrado que ordenou o arquivamento da carta de guia provisória relativa ao paciente, sendo determinado seu desarquivamento e consequente apreciação do pedido de progressão de regime pelo referido Magistrado.

Analisando o teor da decisão combatida, percebe-se de forma clara o equívoco em que incorreu o Juízo *a quo* na interpretação da decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento do pedido de *habeas corpus* nº. 84.078.

O que resta decidido naquele *decisum,* em última instância e em suma, é a proibição de antecipação da pena antes do trânsito em julgado da decisão condenatória e não a possibilidade de obtenção, por parte de presos provisórios, dos benefícios previstos na Lei de Execução Penal.

Ora, se aos presos definitivos estão asseguradas as benesses preconizadas na Lei de Execução Penal como subtrair tais favores legais aos presos provisórios, cujo decreto segregativo não possui o *status* de título judicial transitado em julgado?

O parágrafo único do art. 2º da Lei 7.210/84 determina expressamente que as disposições constantes na Lei de Execução Penal aplicam-se ao preso provisório e ao condenado pela Justiça Eleitoral ou Militar, quando recolhido a estabelecimento sujeito à jurisdição ordinária.[2]

As Resoluções nº 19/2006 e 113/2010, do Conselho Nacional de Justiça, inclusive, dispondo sobre a execução penal, estabelecem a necessidade de expedição da guia de recolhimento provisória como meio para possibilitar ao preso provisório, a partir da condenação, o exercício do direito de petição sobre direitos pertinentes à execução penal.

A concessão de benefícios próprios da execução da pena antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória é matéria recorrente na jurisprudência pátria, inclusive do Pretório Excelso, que, quanto à progressão de regime, sumulou em seus verbetes 716 e 717, respectivamente, o seguinte: "Admite-se a progressão de regime de cumprimento da pena ou a aplicação imediata de regime menos severo nela determinada, antes do trânsito em julgado da sentença condenatória"; e "Não impede a progressão de regime de execução da pena, fixada em sentença não transitada em julgado, o fato de o réu se encontrar em prisão especial".

---

[2] Art. 2º, Lei 7.210/84. A jurisdição penal dos Juízes ou Tribunais da Justiça ordinária, em todo o Território Nacional, será exercida, no processo de execução, na conformidade desta Lei e do Código de Processo Penal.
Parágrafo único. Esta Lei aplicar-se-á igualmente ao preso provisório e ao condenado pela Justiça Eleitoral ou Militar, quando recolhido a estabelecimento sujeito à jurisdição ordinária (Grifo nosso).

Corroboram por inteiro a orientação sufragada os recentes julgados, a saber:

> STF - *Habeas corpus*. Constitucional. Processual penal. Peculato e Gestão Fraudulenta. Ausência de fundamentação idônea a justificar a manutenção da prisão preventiva do paciente. Inocorrência. Prisão preventiva devidamente fundamentada na garantia da ordem pública e aplicação da lei penal. Real possibilidade de fuga. Ordem denegada. Progressão de regime. Possibilidade antes do trânsito em julgado. Súmula nº 716/STF. Observância dos requisitos objetivos. Cumprimento de mais de 1/6 da reprimenda. Artigo 112 da Lei nº 7.210/84 (Lei de Execução Penal). Concessão da ordem de ofício para que juízo competente analise os requisitos subjetivos necessários à obtenção do benefício.
> 1. A manutenção da prisão preventiva do paciente, na garantia da ordem pública e da aplicação da lei penal, está devidamente fundamentada em fatos concretos que a justificam, em especial diante da real possibilidade de fuga, a qual corrobora, por cautelaridade, a necessidade daquela constrição.
> 2. *Habeas corpus* denegado.
> 3. Paciente condenado à pena de treze anos de reclusão em regime fechado que se encontra preso preventivamente há dois anos e sete meses. Cumprimento de um sexto da reprimenda corporal.
> 4. Observados a regra do artigo 42 do Código Penal, segundo a qual: "Computam-se, na pena privativa de liberdade e na medida de segurança, o tempo de prisão provisória, no Brasil ou no estrangeiro, o de prisão administrativa e o de internação em qualquer dos estabelecimentos referidos no artigo anterior"; enunciado da Súmula nº 716/STF, segundo o qual "admite-se a progressão de regime de cumprimento da pena ou a aplicação imediata de regime menos severo nela determinada, antes do trânsito em julgado da sentença condenatória"; e que o delito praticado pelo paciente não se enquadra no rol dos crimes hediondos - Lei nº 8.072/90 - ou equiparados, a regra objetiva para a progressão no regime

prisional é a do artigo 112 da Lei de Execução Penal, ou seja, o cumprimento de um sexto da pena no regime em que se encontre.
5. Ordem concedida de ofício para que o Juiz competente examine a possibilidade da concessão de progressão de regime. (Grifos nossos). (HC 98145/RJ – TRIBUNAL PLENO, Relatora: Minª. CÁRMEN LÚCIA, Relator p/ acórdão: Min. DIAS TOFFOLI, Julgamento: 15/04/2010, Publicação: 25/06/2010).

STF - *Habeas corpus*. Processual penal. Tentativa de roubo. Prisão em flagrante mantida. Fundamentação idônea. Conveniência da instrução criminal. Cautelaridade suficientemente demonstrada. Precedentes. Progressão de regime. Possibilidade antes do trânsito em julgado. Súmula nº 716/STF. Observância dos requisitos objetivos. Cumprimento de mais de 1/6 da reprimenda. Artigo 112 da Lei nº 7.210/84 (Lei de Execução Penal). Ordem concedida de ofício.
1. A análise da segregação cautelar do paciente, mantida na sentença penal condenatória com o reconhecimento de que permanecem incólumes os fundamentos da decisão que indeferiu a liberdade provisória do paciente, autoriza o reconhecimento de que existem fundamentos concretos e suficientes para justificar a privação processual da liberdade do paciente, nos termos do art. 312 do Código de Processo Penal.
2. Paciente condenado à pena de seis anos e oito meses de reclusão em regime inicialmente fechado que se encontra preso preventivamente há mais de um ano. Cumprimento de um sexto da reprimenda corporal.
3. Considerando o enunciado da Súmula nº 716/STF, segundo o qual "admite-se a progressão de regime de cumprimento da pena ou a aplicação imediata de regime menos severo nela determinada, antes do trânsito em julgado da sentença condenatória"; e que o delito praticado pelo paciente não se enquadra no rol dos crimes hediondos – Lei nº 8.072/90 – ou equiparados, a regra objetiva para a progressão no regime

prisional é a do artigo 112 da Lei de Execução Penal, ou seja, o cumprimento de um sexto da pena no regime em que se encontre.
4. Ordem denegada; porém, concedida de ofício para que o juízo competente analise os requisitos subjetivos necessários à obtenção do benefício. (Grifos nossos). (HC 104115/MG – PRIMEIRA TURMA, Relator: Min.DIAS TOFFOLI, Julgamento: 14/09/2010, Publicação: 22/11/2010).

STJ - *HABEAS CORPUS*. ROUBO DUPLAMENTE CIRCUNSTANCIADO E VIOLAÇÃO DE DOMICÍLIO. SENTENÇA CONDENATÓRIA. PEDIDO DE EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA. POSSIBILIDADE. PENDÊNCIA DE RECURSO DA ACUSAÇÃO. IRRELEVÂNCIA. SÚMULA 716/STF. ORDEM CONCEDIDA.
1. Nos casos de execução provisória da pena, é imprescindível, após a prolação da sentença condenatória e em conformidade com a Resolução 19/2006 do CNJ, a expedição de guia de recolhimento provisório, a ser remetida ao Juízo da Execução Criminal para que seja formado o Processo de Execução Criminal (PEC) provisória.
2. A jurisprudência desta Corte Superior é no sentido de que o Processo de Execução Criminal provisória pode ser formado ainda que haja recurso de apelação interposto pelo Ministério Público pendente de julgamento, não sendo este óbice à obtenção de benefícios provisórios na execução da pena.
3. "Admite-se a progressão de regime de cumprimento da pena ou a aplicação imediata de regime menos severo nela determinada, antes do trânsito em julgado da sentença condenatória" (Súmula 716 do STF).
4. Ordem concedida a fim de permitir a execução provisória da pena do paciente, devendo ser expedida a respectiva guia de recolhimento provisório. (Grifos nossos). (HC 160354/SP - SEXTA TURMA, Relator: Ministro VASCO DELLA GIUSTINA (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/RS), Julgamento: 14/06/2011, Publicação: DJe 28/06/2011).

> TJCE - EMENTA: EXECUÇÃO PENAL. AGRAVO EM EXECUÇÃO. DETRAÇÃO PENAL. PRISÃO PROVISÓRIA POSTERIOR AO INÍCIO DE CUMPRIMENTO DA PENA PRINCIPAL. POSSIBILIDADE.
> 1.Revela-se possível o cômputo do tempo de prisão provisória cumprida em razão de outro fato desde que sua decretação (da prisão provisória) tenha se dado posteriormente ao início de cumprimento da pena principal beneficiada pela detração.
> 2.Conforme entendimento jurisprudencial do Superior Tribunal de Justiça, "Em face desse preceito constitucional, o art. 42, do Código Penal, e o art. 111, da Lei das Execuções Penais, devem ser interpretados de forma a abrigar a tese de que o tempo de prisão provisória (...) seja computado para detração de pena imposta em processo relativo a crime anteriormente cometido. - Recurso Especial conhecido e desprovido (Resp 61899/SP, 6.ª Turma, Rel. Min. VICENTE LEAL, DJ 03/06/96). 3.Agravo conhecido e provido para declarar cumprida a pena do acusado tão-somente em relação ao crime previsto no art. 10 da Lei 9.437/97. (AgExe nº. 2004.0011.1540-9/1 – SEGUNDA CÂMARA CRIMINAL, Relatora: Desembargadora Maria Sirene De Souza Sobreira, Julgamento: 06/04/2009).

Configurando-se, na hipótese, a incorreção da decisão que tornou nula a execução provisória imposta ao sentenciado/paciente, impõe-se declarar sua nulidade, a fim de que o Juízo *a quo* delibere acerca do cumprimento, ou não, pelo paciente, dos requisitos, objetivos e subjetivos, preconizados em lei para obter a progressão de regime.

Considerando que, na mesma decisão, o Juízo impetrado estendeu seus efeitos a todos os procedimentos que tratam de execução provisória de cumprimento de pena oriundos das demais unidades jurisdicionais daquela Comarca, casso também nessa extensão o *decisum,* determinando o retorno das respectivas ações ao *statu quo ante* de sua prolação, de modo que a matéria *sub oculi* seja tratada e decidida nos moldes dos dispositivos legais de regência, consoante as elucidações ora explicitadas.

Por todo o exposto, conheço do pedido de *habeas corpus*, para conceder a ordem, em consonância com o parecer da Procuradoria Geral de Justiça e nos termos do voto do Relator.

É como voto.

Fortaleza, 8 de agosto de 2011.

Nº 2007.0024.0468-9/0 PETIÇÃO DE HABEAS CORPUS
COMARCA DE FORTALEZA
IMPETRANTE: NUNES RAMOS DE LIMA
PACIENTE: ADMILSON GONÇALVES DA SILVA
IMPETRADO: JUIZ DE DIREITO DA 11ª VARA CRIMINAL
RELATOR: DES. EYMARD DE AMOREIRA

EMENTA: CONSTITUCIONAL – HABEAS CORPUS – LIBERDADE PROVISÓRIA SONEGADA – CRIME DE ESTELIONATO – CARTÃO DE CRÉDITO – EM CONCURSO DE AGENTES – PACIENTE USEIRO E VEZEIRO NA PRÁTICA DE ENGANAR.

1. De outra parte, o Magistrado levou em consideração, para negar o pedido de liberdade provisória requerido, a periculosidade do paciente, em cuja ficha criminal consta que, afora o procedimento em discussão esta sendo processado perante o Juízo da 7ª Vara Criminal, por igual conduta, onde foi beneficiado com a liberdade provisória, além de ter sofrido uma condenação pelo Juízo das 12ª Vara da Justiça Federal, também por estelionato.

2. De modo que, a liberdade provisória recusada pelo Juiz impetrante não ofende a garantia constitucional do paciente, tampouco a presunção de inocência porque preenche todos os requisitos da prisão preventiva, notadamente para garantia da ordem pública.

3.Ordem denegada.Decisão unânime.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de petição de habeas corpus, nº 2007.0024.0468-9/0, de Fortaleza, em que é impetrante Nunes Ramos de Lima, paciente Admilson Gonçalves de Lima, sendo autoridade impetrada do Juiz de Direito da 11ª Vara Criminal.

Acorda a Turma, por unanimidade de votos, em conhecer da ação, mas

para lhe denegar a ordem impetrada, nos termos em que opinou a douta Procuradoria Geral de Justiça.

Admilson Gonçalves da Silva, qualificado nos autos, por seu advogado e procurador judicial devidamente constituído (fs.36), impetrou a presente ordem de habeas corpus liberatório com pedido de medida liminar, objetivando desobstruir prisão em flagrante por infração aos artigos 171, *caput,* art. 171, *caput* c/c 14, inciso II e do art. 299, na forma dos arts. 29, 69 e 71, todos do Código Penal Nacional.

Alega em seu proveito, que teve pedido de liberdade provisória negado, em face de responder por outro crime, entrementes, possui comprovadamente bons antecedentes, com residência e domicílio certo, além de inexistir motivação para a prisão preventiva, razão por que, requer a concessão da ordem.

Às fs. 47, indeferi a medida liminar.

Informações da autoridade coatora dando conta da situação e marcha do processo (fs.49/50).

Parecer da douta Procuradoria Geral de Justiça às fs.57/60, opinando pela denegação da ordem.

É o relatório.

Na hipótese a ser deslindada, temos que o paciente, foi preso em flagrante de delito porque na companhia de Lucijane Marques da Silva e Francisco Robério da Silva Moreira, mediante ardil, auferiu vantagens ilícitas, mantendo a administradora de cartões de crédito "Redecard" em erro e impondo-lhe prejuízos, bem assim aos titulares dos respectivos cartões de crédito entre eles Francisca Maria de Souza Barbosa.

O citado flagrante, levado a efeito pela autoridade policial, motivou a proposta acusatória, na qual consta que o paciente, em ação conjunta com os demais estelionatários, lesou várias Lojas do comércio desta Capital.

De outra parte, o Magistrado levou em consideração, para negar o pedido de liberdade provisória requerido, a periculosidade do paciente, em cuja ficha criminal consta que, afora o procedimento em discussão está sendo processado perante o Juízo da 7ª Vara Criminal, por igual conduta, onde foi beneficiado com a liberdade provisória, além de ter sofrido uma condenação pelo Juízo das 12ª Vara da Justiça Federal, também por estelionato.

De modo que, a liberdade provisória recusada pelo Juiz impetrante não ofende a garantia constitucional do paciente, tampouco a presunção de inocência porque preenche todos os requisitos da prisão preventiva, notadamente para garantia da ordem pública.

De outra parte, citada garantia deve ser concedida, quando o pretendente à liberdade preencha condições de que, livre, não venha a agitar a ordem pública. Na vertente hipótese, pelo *modus operandi* do crime, estelionato em concurso de pessoas, não há que se falar em liberdade provisória, posto que presentes os motivos que autorizam a prisão preventiva. Neste sentido são as decisões dos Tribunais Pátrios, *verbis:*

> TJSC: "Ao agente contra o qual pende decreto preventivo não se poderá conceder liberdade provisória por óbvio: a preventiva é decretada quando justificada necessidade para assegurar aplicação penal, por conveniência da instrução criminal e como garantia da ordem pública (CPP art. 312), não tendo sentido a liberdade provisória mediante fiança" (JCAT 76/540-1).

Nestas condições, não encontrando nenhuma irregularidade na prisão do paciente, denego a ordem impetrada, nos termos do parecer da douta Procuradoria Geral de Justiça.

É como voto.

Fortaleza, 20 de novembro de 2007.

Nº 3523-32.2000.8.06.0178/1
APELAÇÃO CRIME (DE URUBURETAMA)
APELANTE: MANOEL MESSIAS RIBEIRO
APELADA : JUSTIÇA PÚBLICA
RELATOR : DES. LUIZ GERARDO DE PONTES BRÍGIDO

-Apelação crime.
-Homicídio culposo.
-Inaplicável o benefício da suspensão condicional do processo ao acusado que está implicado em outro processo crime, consoante expressa dicção do art. 89 da Lei nº 9099/95.
-Não se considera como reformatio in pejus indireta a aplicação, em ação penal renovada, de pena mais grave do que a anteriormente imposta na sentença anulada, em face da impossibilidade de o ato nulo limitar o novo quantum penalógico.
-Condenação integralmente confirmada.
-Decisão unânime.

Vistos, relatados e discutidos os autos acima identificados.

1 – Condenado a 2 anos e 4 meses de detenção por homicídio culposo, o apelante, supracitado, alinha, à uma, que não houve proposta de suspensão do processo e, a duas, que, refeito o iter procedimental, por obra de habeas corpus, invalidada inclusive a sentença, recebeu no proferimento de nova projeção condenatória reprimenda superior a que lhe fora anteriormente aplicada (reformatio in pejus indireta). Pede, por isso, a cassação do decisum impugnado.

Laconicamente respostado o apelo pela Promotoria, subiram os autos.

Parecer ministerial pelo desprovimento da pretensão recursal.

É o relatório.

2 – Decide-se com a objetividade convinhável.

O apelante, funcionário público federal, foi denunciado por homicídio culposo, pela segunda vez, em face da anulação do primeiro processo, sem que, é o que diz, lhe fosse feita a proposta de suspensão do feito na forma preconizada pela Lei nº 9.099/95. Na verdade, a proposta não foi feita, e corretamente, porque o acusado não faz jus ao benefício, já que, consoante infere-se dos autos, ele, o réu, está implicado em outra ação penal pela prática de furto qualificado. A advertência é do STJ:

> "Denunciado que responde a outros processos criminais não faz jus ao benefício da suspensão condicional do processo, por não preencher o requisito subjetivo exigido pelo art. 89 da Lei 9.099/95, não havendo o que se falar em constrangimento ilegal quando, por esse motivo, não lhe foi oportunizado o benefício" (5ª T., HC 97.377/MS, rel. Min. JORGE MUSSI, DJe de 28/10/2008).

Outrossim, diferentemente do que entende o apelante, não se considera como *reformatio in peju*s indireta a aplicação, em ação penal renovada, de pena mais grave do que a anteriormente imposta na sentença anulada, em face da impossibilidade de o ato nulo limitar o novo *quantum* penalógico. Com efeito, "o réu não tem direito à pena fixada em julgamento anulado para reduzir a que lhe foi imposta posteriormente. A alegação de que haveria reformatio in pejus, pois a anulação decorreu de seu recurso, é totalmente incabível, já que não foi agravada a decisão anterior mais simplesmente anulada" (RT vol. 631/ p. 336).

Vai então que a sentença impugnada merece integral confirmação por sintonizada com o Direito.

3 – Do que posto, ACORDA a 1ª CÂMARA CRIMINAL do TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO CEARÁ, à unanimidade, em conhecer do recurso, mas para negar-lhe provimento, mantido o decreto condenatório, tudo nos termos do parecer da PGJ e do voto do Relator.

Fortaleza, CE, 7 de dezembro de 2009.

Recurso Crime em Sentido Estrito

Nº 1523-64.2007.8.06.0000/0
RECURSO CRIME EM SENTIDO ESTRITO (de Ipú)
RECORRENTE: PROMOTORIA PÚBLICA
RECORRIDO: RAIMUNDO TAVARES DA SILVA
RELATOR: DES. LUIZ GERARDO DE PONTES BRÍGIDO

-Recurso crime em sentido estrito.
-Seqüestro extorsivo em que uma das vítimas, pela intensidade do trauma psicológico sofrido, suicidou-se, enquanto que a outra, um octogenário, cuja saúde, e isto é certo, fez-se mais precária após a sua difícil experiência de refém, deve encontrar-se hoje, pobre homem, em face da criticável soltura de um dos agentes do crime, revoltado e descrente da Justiça Criminal do Ipú. Não somente ele, mas, de igual, os que lhe são próximos. Não é fácil ver desfilar, cinicamente, à frente da sua casa e pelas ruas da sua cidade, o quadrilheiro que repassou aos demais, todos de fora da terra, informes voltados à consumação do hediondo delito. Piorou, por óbvio, a qualidade da sobrevida, que não será, por certo, demorada, e isto é previsível, da vítima anciã.
-Presunção de inocência não repele a prisão antes do julgamento. Primariedade e bons antecedentes, a sua vez, não funcionam como carta de alforria para engajados em quadrilhas de extorsão mediante seqüestro. Aliás, quando presos, seqüestradores passam-se por "santos". A experiência comum, entrementes, desfaz e desmoraliza a dissimulação da maldade e da periculosidade. Na verdade, são indivíduos astuciosos, frios, de inteligência acima da normal, membros, sempre, de grupos facinorosos de elevado nível de planejamento e de execução dessa hedionda modalidade delituosa.
-Esqueceu a magistrada, ou talvez não tenha feito consideração quanto a isto, de que, numa época marcada pela criminalidade violenta e continuada, sua obrigação é a de garantir a ordem pública, acautelando o transgressor da lei penal. Ao colocar o réu de volta às ruas, incutiu-lhe a judicante a sensação da impunidade e o encorajou a seguir operando negativamente contra a paz dos cidadãos ordeiros.
-Restauração dos efeitos da prisão preventiva, cassada a ordem de soltura inadvertidamente concedida ao acusado,

ordenada a expedição de mandado de recaptura.
-Decisão por maioria.

Vistos, relatados e discutidos estes autos acima identificados.

1 - Visa o recorrente a cassação do revogatório da prisão preventiva do cabeleireiro Raimundo Tavares da Silva, o "Raí", co-réu em *actio poenalis* por extorsão mediante seqüestro do octogenário Manoel Gomes do Nascimento e de seu motorista Antônio Carlos Neto. O recorrente situa na órbita da impresciência jurídica a liberação do recorrido, que, de sua parte, na resposta, predica a confirmação do ato liberatório, mantido pela juíza da causa na fase de relevação, tendo a PGJ, no oficiar, opinado pelo desprovimento do reclamo.

Relatório, em síntese.

2 – Apenas para provocar a reflexão da mm. Juíza. Lendo, pode ser que *ad futurum* se esquive de atos assim tão irrefletidos como esse que colocou em liberdade o recorrido, despacho que, fora de dúvida, deu má nota da atuação da magistrada na jurisdição penal:

> a) "O trauma gerado para a vítima da extorsão mediante seqüestro, especialmente quando há emprego de violência, tortura, longa duração, entre outros fatores cruéis, é sólido e dificilmente superado com o passar do tempo. Para os familiares e amigos do seqüestrado há igual tensão e restam consequências difíceis de superar. Em suma, não nos parece seja um delito cuja gravidade tenha sido criada pela mídia, nem pela elite" (NUCCI, Leis Penais e Processuais Comentadas, 3ed., RT, p. 604);
>
> b) "A qualificadora referente à idade do sequestrado leva em consideração, em primeiro lugar, a maior facilidade de que dispõe os agentes, já que, em geral, vítimas menores ou idosas possuem menor capacidade de resistência. Além disso, o seqüestro de pessoas nessas circunstâncias é capaz de incutir maior temor nos familiares, causando abalos psicológicos ainda mais graves do que em circunstâncias diversas" (LUIZ FLÁVIO GOMES et alii, Direito Penal, v. 3, RT, p. 138);
>
> c) "De um lado, encontram-se os criminosos contumazes, predadores cruéis e de personalidade anti-sociais; do outro, suas vítimas, colhidas entre os cidadãos comuns e que passam a padecer dos mais diversos transtornos de saúde. Na verdade, a violência e o trauma permanecem muito além do próprio ato criminoso como ocorre nos portadores de síndrome psíquicas pós-traumáticas", dentre elas, ilustra João Dummar Filho, autor da nota, as "fobias, crises de pânico" etc (Criminalidade e Saúde Mental, jornal "O Povo", ed. de 7-5-07, p. 5);

> d) "Operadores do direito há que voluptuosamente se comprazem no caritativismo: uma propensão compulsiva para abundantemente derramar sobre a cabeça do infrator o balsâmico óleo de mercês imprevistas ou desarrazoadas. FAZEM VISTA GROSSA À TRAGÉDIA HUMANA SUBJACENTES AOS PROCESSOS – A TRAGÉDIA DAS VÍTIMAS: LARES VIOLADOS; HUMILHAÇÕES INESQUECÍVEIS; LESÕES FÍSICAS E PSÍQUICAS (ESTAS NÃO RARO IRREPARÁVEIS); VIDAS BRUTALMENTE INTERROMPIDAS. E pretendem-se altruístas ..." (Juiz Volney Corrêa Leite de Moraes Jr., do Tribunal de Alçada Criminal de São Paulo, in Crime e Castigo – Reflexões Politicamente Incorretas, 2002, Millenium, p. 92);
>
> e) "Mecanismos penais e processuais não devem transigir com o triunfo de uma inescrupulosa liberdade" (JEAN ZIELGLER in Die Barbaren Kommen, citado por GUILHERME COSTA CÂMARA no programa de Política Criminal, RT, p. 141)

Dito isto, segue-se.

Uma das vítimas do sequestro, Antônio Carlos Neto, não resistiu ao trauma psicológico. Suicidou-se. A outra, o octogenário Manoel Gomes do Nascimento, cuja saúde, e isto é certo, fez-se mais precária após a sua difícil experiência de refém, deve encontrar-se hoje, pobre homem, em face da criticável soltura de um dos agentes do crime, revoltado e descrente da Justiça Criminal do Ipú. Não somente ele, mas, de igual, os que lhe são próximos. Não é fácil ver desfilar, cinicamente, à frente da sua casa e pelas ruas da sua cidade, o quadrilheiro que repassou aos demais, todos de fora da terra, informes voltados à consumação do hediondo delito. Piorou, por óbvio, a qualidade da sobrevida, que não será, por certo, demorada, e isto é previsível, da vítima anciã.

Diante das normas constitucionais, saber rasteiro, a liberdade resume-se em regra, enquanto a prisão é tratada como exceção. Entrementes, a veemência com a qual alguns penalistas de laboratório defendem a aversão ao instituto carcerário é deveras preocupante. A cadeia não é a única solução para conter o "tsunami" de criminalidade que cobre o país de ponta a ponta, todavia, segundo o prof. ROBERTO LYRA, jurista de truz, "a prisão, embora criticável, é ainda, no mundo, a forma menos selvagem de reprimir e prevenir os maus impulsos do homem" (Teoria e prática da promotoria pública. Sérgio Fabris editor, 2ª ed., p. 238).

De extrema infelicidade foi o ato da Dra. Juíza ao liberar o recorrido, notadamente quando salientou, no despacho que o devolveu às ruas, inexistir empecilho à sua soltura. Nota-se, a curto, haver sim, ao menos uma determinante da prisão preventiva – a garantia a ordem pública. No particular, leciona MIRABETE, "a periculosidade do réu tem sido apontada como fator preponderante para a custódia cautelar"(v. Processo Penal, 13ª ed., Atlas, p. 386).

Por oportuno, o aviso do juiz paulista Marco Antônio Rodrigues Nahum, ex-presidente do IBCCRIM: "Antes a justa repressão ao delinqüente que a insegurança social" (A repressão ao crime, e o antiterrorismo. Disponível na Internet: http://www.mundojuridico.adv.br. Acesso em 18 de março de 2008).

A magistrada soltou uma criatura cujo comportamento projeta o de delinquente altamente perigoso. Esqueceu ou talvez não tenha feito consideração quanto a isto, que, numa época marcada pela criminalidade violenta e continuada, a obrigação do juiz é acautelar o violento transgressor da lei penal. Não incutir-lhe a sensação de impunidade, estimulando-o a sequenciar na delinqüência, operando negativamente contra a paz dos cidadãos ordeiros. Não é este o papel do bom judicante. Presunção de inocência não repele a prisão antes do julgamento. Primariedade e bons antecedentes, a sua vez, não funcionam como carta de alforria para engajados em quadrilhas de extorsão mediante seqüestro.

Aliás, quando presos, seqüestradores passam-se por "santos". A experiência comum, entrementes, desfaz e desmoraliza a dissimulação da maldade e da periculosidade. Na verdade, são indivíduos astuciosos, frios, de inteligência acima da normal, membros, sempre, de grupos facinorosos de elevado nível de planejamento e de execução dessa hedionda modalidade delituosa.

Perceptível, portanto, a periculosidade do recorrido, pelo que deve ser recolocado carcer ad custodiam a bem da garantia da ordem pública. No ponto, preconiza o STJ, verbis: "Revela-se devidamente justificada a custódia provisória fundada na garantia da ordem pública, em razão da periculosidade concreta do paciente, que sequestrou e manteve em cárcere privado" pessoa ordeira, "agindo, de forma organizada, em concurso com outros agentes" (6ª T, HC nº 35.963-SP, rel. Min. Gallotti, unân., j. 6-2-07).

Para encerrar: "O Poder Judiciário não pode ficar alheio à gravidade do problema de segurança que atormenta os moradores das cidades. E se o juiz é, como deve ser, homem do seu tempo, atento à realidade dos fatos e ao momento que atravessa, não pode deixar de considerar a importância das suas decisões na contenção da onda de violência que se vem alastrando e de maneira quase incontornável, alarmando a população e intranquilizando as famílias" – trecho de voto, no STF, do ex-Ministro Aldir Passarinho (RTJ 123/547).

3 - Do que posto, ACORDA a 1ª CÂMARA CRIMINAL do TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO CEARÁ, por maioria e contrariando o parecer da PGJ, em restaurar os efeitos da prisão preventiva do recorrido, cassado, em conseqüência, o inadvertido decreto que o colocou em liberdade, ordenando-se à dra. juíza que passe, *incontinenti*, mandado de recaptura do acusado, juntando ao ofício cópia integral desta decisão. Oficiar, por igual, à Delegacia de Capturas (DECAP/ SSPDS-CE), a fim de que sejam envidados todos os esforços no sentido de dar cumprimento à decisão desta Câmara.

Fortaleza, CE, 8 de abril 2008.

PROCESSO Nº: 342-97.2007.8.06.0171/1
RECURSO CRIME EM SENTIDO ESTRITO
JUÍZO: 1ª VARA DA COMARCA DE TAUÁ
RECORRENTE: MINISTÉRIO PÚBLICO
RECORRIDOS: ANTÔNIA VERÍSSIMO DA SILVA, FRANCISCO ANTÔNIO VERÍSSIMO DA SILVA, JOSÉ RIBAMAR DA SILVA, FRANCISCO VERÍSSIMO DA SILVA E SEBASTIÃO VERÍSSIMO DA SILVA
RELATOR: DESEMBARGADOR PAULO CAMELO TIMBÓ

EMENTA: PENAL E PROCESSUAL PENAL. RECURSO CRIME EM SENTIDO ESTRITO INTERPOSTO PELO MP. DESCLASSIFICAÇÃO DO DELITO PELO JUÍZO *A QUO*. INDÍCIOS DE MATERIALIDADE E AUTORIA. *IN DUBIO PRO SOCIETATE*. PRONÚNCIA. JUÍZO DE ADMISSIBILIDADE. EXAME MERITÓRIO. ATRIBUIÇÃO CONSTITUCIONAL DO TRIBUNAL DO JÚRI. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO.

1. A sentença de pronúncia é de cunho declaratório, e encerra mero juízo de admissibilidade, não comportando exame aprofundado de provas ou juízo meritório. Este caberá exclusivamente ao Tribunal do Júri, por atribuição que decorre do texto constitucional. Em havendo indícios de autoria e comprovação de materialidade, não se pode afastar o caso do crivo do Conselho de Sentença.
2. A desclassificação somente é possível quando não restarem dúvidas acerca da tipificação do delito.
3. Havendo controvérsia acerca das circunstâncias em que o crime foi cometido, a fim de se esclarecer se se trata de crime de lesão corporal ou de tentativa de homicídio, compete ao Tribunal do Júri, juízo natural dos crimes dolosos contra a vida, o encargo de julgar os réus pronunciados, acatando ou não a tese da acusação.
4. Recurso conhecido e provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos o presente Recurso Crime em Sentido Estrito, ACORDAM os desembargadores da 2ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Ceará, à unanimidade e em consonância com o parecer ministerial, em conhecer do recurso, para DAR-LHE provimento.

Fortaleza, CE, 17 de agosto de 2011.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Crime em Sentido Estrito, interposto pelo Ministério Público, em face da sentença que desclassificou o delito de tentativa de homicídio para o delito de lesão corporal grave (fls. 209/212).

Irresignado, o *parquet* interpôs o presente recurso pugnando pela reforma da sentença (fls. 217/222).

Recebido e contrariado o recurso (fls. 239/246), o juiz singular manteve a decisão (fls. 260), remetendo os autos a esta Instância.

Parecer da Procuradoria Geral de Justiça às fls. 250/256, com manifestação pelo provimento do recurso.

É o breve relatório.

VOTO

Presentes os requisitos de admissibilidade, conheço do recurso.

Como relatado, trata-se de Recurso Crime em Sentido Estrito, interposto pelo Ministério Público, em face da sentença que desclassificou o delito de tentativa de homicídio para o delito de lesão corporal grave (fls. 209/212).

Irresignado, o *parquet* interpôs o presente recurso pugnando pela reforma da sentença (fls. 217/222).

O magistrado *a quo*, ao prolatar sua decisão de desclassificação do delito, justificou o *decisum* no fato de que os réus não possuíam *animus necandi*, o que teria sido cabalmente demonstrado pela prova colhida. O nobre magistrado desenvolveu sua linha de raciocínio com base na teoria de que os réus, por estarem em número superior, e armados, poderiam facilmente ter ceifado a vida da vítima, se fosse esse o seu objetivo, de tal forma que estaria patente que os réus somente pretendiam lesionar a vítima, e por vontade própria pararam a agressão, sem qualquer intervenção, o que descaracterizaria a tentativa de homicídio.

Contudo, a prova não é unânime nesse sentido. O depoimento de fls. 130, do Sr. José Alves Veríssimo, genitor da vítima e presente no momento do fato, aponta que houve intervenção para que os réus parassem a agressão contra a vítima, e somente por isso, ou seja, por motivo alheio à vontade dos mesmos, é que o intento homicida não teria se consumado. Vejamos:

> […] que o depoente se dirigiu até a praça e em lá chegando comprovou que seu filho estava por cima de TUTUZINHO tentando tomar-lhe uma faca, já que o referido indivíduo tentando concretizar uma jura de morte naquela data e horário investiu contra Aurélio; que o depoente estava desarmado e enquanto tentava separar os envolvidos na briga ali chegaram os pais de TUTUZINHO, no caso o pai de TUTUZINHO e sua mulher, TOINHA e os irmãos dela conhecidos por CHICO BASTOS e SEBASTIÃO; que a mulher embora desarmada era a mais exaltada, pois puxando os cabelos da vítima ordenava que os outros acusados o matassem; que JOSÉ RIBAMAR empunhava um pedaço de pau, enquanto que CHICO BASTOS e SEBASTIÃO empunhavam facas; que o depoente nada podia fazer para evitar a sanha dos agressores a não ser pedir para não matar seu filho; que

> os agressores estavam furiosos e a esposa do depoente e mãe da vítima ANTÔNIA ARAÚJO CHAVES conhecida por ALBERTINA desesperada com a possibilidade daquele grupo familiar assassinar o seu filho que inclusive já estava ferido nas costas, mãos, braços e até na testa, debruçou-se sobre o filho, protegendo-o e inclusive correndo o risco de também ser atingida pelas armas inimigas; que o depoente conseguiu retirar o filho do local e pondo a mão em seu ombro o levou para casa, mas durante o trajeto foi seguido pelos acriminados que de arma em punho ameaçavam concretizar o homicídio […].

Portanto, não há certeza quanto às circunstâncias do delito, restando dúvidas acerca do momento em que foi interrompida a agressão, não sendo possível determinar, neste momento processual, com absoluta certeza, se os réus recuaram por vontade própria, ou se foram interrompidos de consumar o homicídio por motivos alheios às suas vontades.

Destarte, existindo dúvida, esta deve se resolver em favor da sociedade, submetendo-se os réus a julgamento pelo Júri Popular. Não se mostra possível, dessa forma, a desclassificação do delito pelo juiz singular, sob pena de usurpação da competência constitucionalmente conferida ao Tribunal do Júri.

É que a sentença de pronúncia, como é cediço, reveste-se de mero juízo de admissibilidade, incidindo aqui o princípio *in dubio pro societate*, diferentemente do que ocorre em uma sentença condenatória, cujo princípio norteador há de ser o *in dubio pro reo*.

O próprio Código de Processo Penal deixa clara esta característica de juízo de admissibilidade, pois estabelece que para a pronúncia, basta ao juiz vislumbrar a materialidade do crime e indícios suficientes de autoria ou participação. E mais, deve limitar-se ao exame desses dois requisitos, não podendo aprofundar-se no exame de provas, senão vejamos:

> Art. 413. O juiz, fundamentadamente, pronunciará o acusado, se convencido da materialidade do fato e da existência de indícios suficientes de autoria ou de participação.
> § 1.º A fundamentação da pronúncia limitar-se-á à indicação da materialidade do fato e da existência de indícios suficientes de autoria ou de participação, devendo o juiz declarar o dispositivo legal em que julgar incurso o acusado e especificar as circunstâncias qualificadoras e as causas de aumento de pena.

A jurisprudência desta Corte é uníssona quanto à natureza da sentença de pronúncia:

> RECURSO EM SENTIDO ESTRITO - PRONÚNCIA - JUÍZO DE ADMISSIBILIDADE DA ACUSAÇÃO - DEFESO AO JUIZ TECER GRANDES COMENTÁRIOS SOBRE AS PROVAS - DEMONSTRADA A EXISTÊNCIA DO CRIME, E HAVENDO INDÍCIOS SUFICIENTES

DE AUTORIA, DEVE O RÉU SER PRONUNCIADO PARA, CONSEQUENTEMENTE, SER JULGADO PELO TRIBUNAL DO JÚRI - A ELE, POR DISPOSIÇÃO CONSTITUCIONAL, COMPETE DECIDIR TUDO O QUE DIGA RESPEITO AOS CRIMES DOLOSOS CONTRA A VIDA, DIRIMINDO, INCLUSIVE, DÚVIDAS EVENTUALMENTE SUSCITADAS SOBRE A AUTORIA E CIRCUNSTÂNCIAS QUE CERCARAM O CASO

1. A sentença foi devidamente motivada, asseverando os pressupostos hábeis ao prosseguimento do feito e posterior julgamento do réu pelo órgão competente.

2. Somente o Tribunal do Júri, do alto de sua soberania constitucional, poderá examinar, com mais detença a questão fatual aqui suscitada. 3. Recurso conhecido, porém desprovido. (RSE nº 9572-26.2009.8.06.0000/0, Relator Des. Haroldo Correia de Oliveira Máximo, 1ª Câmara Criminal, TJCE, julgado em 28/07/2009). Grifei.

PROCESSUAL PENAL - TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DO JÚRI - RECURSO CRIME EM SENTIDO ESTRITO - SENTENÇA DE PRONÚNCIA - DESPRONÚNCIA - ABSOLVIÇÃO SUMÁRIA OU EXCLUSÃO DE QUALIFICADORAS - IMPOSSIBILIDADE - SÚMULA Nº 3 DESTA CORTE DE JUSTIÇA.

1. O despacho regrado é de conteúdo declaratório e nele se cuida da viabilidade da acusação, tendo como pré-requisitos apenas elementos que convençam o Juiz da existência do crime e de indícios 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.

2. Quanto a exclusão da qualificadora, o entendimento desse Tribunal é no sentido que indica a Súmula nº 3: "As circunstâncias qualificadoras constantes da peça acusatória somente serão excluídas da pronúncia quando manifestamente improcedentes, em face do princípio *in dubio pro societate*".

3. Recurso improvido. Decisão unânime. (RSE nº 916-08.2005.8.06.0134/1, Relator Des. Raimundo Eymard Ribeiro de Amoreira, 1ª Câmara Criminal, TJCE, julgado em 21/012009). Grifei.

RECURSO EM SENTIDO ESTRITO - 1) AUSÊNCIA DO PREPARO RECURSAL - PRELIMINAR DE NÃO CONHECIMENTO SUSCITADA NAS CONTRA-RAZÕES DO MINISTÉRIO PÚBLICO - NÃO SE DEVE CONSIDERAR DESERTO O RECURSO DE DEFESA QUE NÃO FOI DEVIDAMENTE PREPARADO - PRECEDENTES- 2) SENTENÇA DE PRONÚNCIA - DECISÃO QUE NÃO ADMITE PROFUNDOS COMENTÁRIOS SOBRE AS PROVAS - MERO JUÍZO DE ADMISSIBILIDADE DA ACUSAÇÃO - FASE INADEQUADA PARA SE DECIDIR COM SEGURANÇA SE O CRIME FOI

COMETIDO POR MOTIVO TORPE E SE O RÉU UTILIZOU DE RECURSO QUE IMPOSSIBILITOU A DEFESA DO OFENDIDO - QUALIFICADORAS QUE NÃO PODEM SER AFASTADAS QUANDO NÃO MANIFESTAMENTE IMPROCEDENTES - PROVA DA MATERIALIDADE DO CRIME E INDÍCIOS SUFICIENTES DE AUTORIA QUE AUTORIZAM SEJA O RÉU SUBMETIDO A JULGAMENTO PELO TRIBUNAL DO JÚRI.

1. A jurisprudência pátria é pacífica e remansosa no sentido de que não há que se exigir preparo de recurso em Ação Penal Pública.
2. A sentença foi devidamente motivada, asseverando os pressupostos hábeis ao prosseguimento do feito e posterior julgamento do réu pelo órgão competente.
3. Somente o Tribunal do Júri, do alto de sua soberania constitucional, poderá examinar, com mais detença a questão factual aqui suscitada.
4. Recurso conhecido, porém desprovido. (RSE nº 837-97.2007.8.06.0121/1, Relator Des. Haroldo Correia de Oliveira Máximo, 1ª Câmara Criminal, TJCE, julgado em 18/08/2009). Grifei.

Outra não é a lição da doutrina, pois nas palavras de Nucci "[...] a natureza jurídica da sentença de pronúncia é de decisão interlocutória mista, que julga apenas a admissibilidade da acusação, sem qualquer avaliação de mérito"[1].

Em suma, a sentença de pronúncia é de cunho declaratório, e encerra mero juízo de admissibilidade, não comportando exame aprofundado de provas ou juízo meritório. Este caberá exclusivamente ao Tribunal do Júri, por atribuição que decorre do texto constitucional.

No caso em apreço, o exame da prova demonstrou suficientemente a presença de tais requisitos, como já exposto.

Considerando, portanto, que a sentença de pronúncia é de conteúdo meramente declaratório, encerrando mero juízo de admissibilidade, nela se cuidando unicamente da viabilidade da acusação, a qual tem como pré-requisito apenas elementos que convençam o juiz da existência do crime e de indícios suficientes de autoria, resta ao Tribunal do Júri – a quem compete o juízo natural dos crimes dolosos contra a vida – o encargo de julgar os réus, acatando ou não o que ficou estabelecido na denúncia ministerial.

Diante de todo o exposto, conheço do recurso para, em consonância com o parecer ministerial, DAR-LHE PROVIMENTO, afastando a sentença de fls. 209/212, e PRONUNCIANDO os réus JOSÉ RIBAMAR DA SILVA, ANTÔNIA VERÍSSIMO DA SILVA, FRANCISCO ANTÔNIO VERÍSSIMO, FRANCISCO VERÍSSIMO DA SILVA e SEBASTIÃO VERÍSSIMO DE LIMA, pelos fundamentos acima expostos, nos termos do art. 121, § 2º, II e IV, c/c art. 14, II, ambos do Código Penal, a fim de que sejam submetidos a julgamento pelo Tribunal Popular do Júri.

É como voto.

Fortaleza, 17 de agosto de 2011.

[1] NUCCI, Guilherme de Souza. Manual de Processo Penal e Execução Penal. 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 743.

PROCESSO Nº: 856-42.2005.8.06.0164/1
RECURSO EM SENTIDO ESTRITO
JUÍZO: VARA ÚNICA DA COMARCA DE SÃO GONÇALO DO AMARANTE
RECORRENTE: COMPANHIA ENERGÉTICA DO CEARÁ - COELCE
RECORRIDO: ADILARDO SOUZA RODRIGUES
RELATOR: DESEMBARGADOR PAULO CAMELO TIMBÓ

EMENTA: PENAL E PROCESSUAL PENAL. RECURSO EM SENTIDO ESTRITO. SENTENÇA DE EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE. PRESCRIÇÃO EM PERSPECTIVA. IMPOSSIBILIDADE. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO.

1. O presente recurso tem por objeto sentença do juízo singular, que decretou a extinção da punibilidade, com base na prescrição em perspectiva, ou virtual.

2. Não há qualquer previsão na legislação pátria a autorizar o reconhecimento do instituto da prescrição para a declaração de extinção da pretensão punitiva do Estado pela chamada pena *in perspectiva*, ou seja, não há amparo legal para a chamada "prescrição virtual", ou "prescrição em perspectiva", merecendo reforma a sentença que a declarou. Precedentes do STJ.

3. Recurso conhecido e provido

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de Recurso em Sentido Estrito, ACORDAM os desembargadores da 2ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Ceará, à unanimidade e em consonância com o parecer ministerial, em NEGAR PROVIMENTO ao recurso, nos termos do voto do Relator.

Fortaleza, CE, 20 de junho de 2011.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso em Sentido Estrito, interposto pela Companhia Energético do Ceará – COELCE, às fls. 184/191, contra a sentença de fls. 182 que declarou extinta a ação penal.

Aduz o recorrente que a decisão atacada merece ser reformada, uma vez que o crime supostamente praticado pelo denunciado seria o de furto qualificado, cuja prescrição somente ocorre com o decurso de 12 (doze) anos, lapso ainda não ultrapassado no caso em comento.

O recorrido apresentou contrarrazões às fls. 376/379, requerendo o reconhecimento da intempestividade do recurso, e no mérito, seu improvimento.

Às fls. 391 o juiz singular manteve a decisão, remetendo os autos a esta Instância.

Parecer da Procuradoria Geral de Justiça às fls. 401/405, com manifestação pelo não conhecimento do recurso, por intempestivo, e no mérito, por seu provimento.

É o breve relatório.

VOTO

Primeiramente, apreciando os requisitos de admissibilidade do recurso, tenho que o mesmo foi interposto tempestivamente, merecendo conhecimento.

O art. 586 do Código de Processo Penal estabelece o prazo de 05 (cinco) dias para a interposição de recurso voluntário.

A sentença que se pretende reformar através do presente recurso, foi publicada na data de 31.05.2010, como se vê ao verso da fl. 182.

A intimação do advogado do recorrente foi feita através do Diário da Justiça disponibilizado no dia 08.07.2010. De acordo com a Lei nº 11.419/06, o dia da publicação será considerado o primeiro dia útil após a disponibilização da informação no Diário da Justiça Eletrônico. *Verbis*:

> Art. 4º Os tribunais poderão criar Diário da Justiça eletrônico, disponibilizado em sítio da rede mundial de computadores, para publicação de atos judiciais e administrativos próprios e dos órgãos a eles subordinados, bem como comunicações em geral.
>
> §§ 1º-2º *Omissis.*
>
> § 3º Considera-se como data da publicação o primeiro dia útil seguinte ao da disponibilização da informação no Diário da Justiça eletrônico.
>
> § 4º Os prazos processuais terão início no primeiro dia útil que seguir ao considerado como data da publicação.

A partir do dia 01.06.2010, o Tribunal de Justiça do Estado do Ceará passou a adotar o Diário da Justiça Eletrônico, na forma prevista na Lei nº 11.419/06.

A intimação do ora recorrente, portanto, já se deu através dessa forma de comunicação eletrônica, obedecendo as previsões legais.

Destarte, se a intimação foi disponibilizada no dia 08.07.2010, é considerada publicada no dia 09.07.2010, que foi uma sexta-feira. Portanto, o prazo somente começou a transcorrer na segunda-feira, dia 12.07.2010, e teve por termo final o dia 16.07.2010.

Com efeito, o presente recurso foi protocolado no dia 16.07.2010, como se constata às fls. 184, último dia do prazo, estando, dessa forma, tempestivo.

Assim que, atendidos os requisitos de admissibilidade, conheço do recurso.

Como relatado, trata-se de Recurso em Sentido Estrito, interposto pela Companhia Energético do Ceará – COELCE, às fls. 184/191, protocolado em 16.07.2010, contra a sentença de fls. 182 que declarou extinta a ação penal, pela prescrição antecipada, considerando a pena em perspectiva.

Aduz o recorrente que a decisão atacada merece ser reformada, uma vez que o crime supostamente praticado pelo denunciado seria o de furto qualificado, cuja prescrição somente ocorre com o decurso de 12 (doze) anos, lapso ainda não ultrapassado no caso em comento.

O magistrado *a quo*, ao prolatar sua sentença, ora guerreada, justificou o *decisum* na futura perda de interesse de agir do Estado, com relação a posterior execução penal. O julgador singular desenvolveu sua linha de raciocínio com base na pena mínima prevista para o delito, ou seja, considerando que o réu, caso condenado, receberia a reprimenda mínima legal de dois anos de reclusão e, nessa hipótese, por ocasião da execução da pena, estaria operada a prescrição da pretensão punitiva, considerado o lapso de 04 (quatro) anos, na modalidade retroativa, de forma que não teria utilidade o julgamento da ação.

Em primeiro lugar, cumpre ressaltar que não existe nenhuma previsão, na legislação pátria, que autorize o reconhecimento do instituto da prescrição antecipada, em perspectiva ou virtual, ou seja, aquela com base na pena *em perspectiva*, antes de concretamente aplicada.

Mormente no caso em questão, onde o magistrado, para calcular o prazo prescricional, considerou que a pena aplicada seria a mínima legal, de 02 (dois) anos de reclusão, como se não houvesse possibilidade de outra reprimenda ser atribuída ao réu, caso condenado. Ora, a denúncia tem por fundamento o art. 155, §§ 3º e 4º, II do Código Penal, cuja pena mínima é de 02 (dois) anos, e a máxima de 08 (oito) anos de reclusão, o que ensejaria o lapso prescricional do inciso III do art. 109 do Código Penal, ou seja, 12 (doze) anos, lapso ainda não ultrapassado na presente ação.

Ademais, além da falta de previsão legal para a prescrição antecipada,

outro ponto merece destaque. Fere o princípio da presunção de inocência a aplicação da prescrição virtual, uma vez que será subtraído do réu o direito de ser julgado, e quiçá, ter sua inocência comprovada e declarada pelo julgador.

Em outras palavras, declarar antecipadamente a prescrição seria o mesmo que considerar o réu antecipadamente culpado.

Nesse sentido, é o entendimento do Superior Tribunal de Justiça:

> RECURSO ORDINÁRIO EM *HABEAS CORPUS*. CRIME DE RESPONSABILIDADE DE PREFEITO MUNICIPAL. ART. 1º, INCISO I, DO DECRETO-LEI Nº 201/67. EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE. PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO PUNITIVA. PENA HIPOTÉTICA. AUSÊNCIA DE PREVISÃO LEGAL. INADMISSIBILIDADE.
>
> 1. Este Tribunal adotou a orientação de que é inviável a declaração de extinção da punibilidade do agente pela ocorrência da prescrição da pretensão punitiva com suporte na sanção hipoteticamente calculada, pois o ordenamento jurídico pátrio não admite o reconhecimento da referida causa em perspectiva, antecipada ou virtual.
>
> 2-3. *Omissis.* (RHC 24.752/MG, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 05/10/2010, DJe 13/12/2010) Grifei.

> *HABEAS CORPUS*. APROPRIAÇÃO INDÉBITA QUALIFICADA. AUTOS DO INQUÉRITO POLICIAL ARQUIVADO, POR DECISÃO DO JUIZ, A REQUERIMENTO DO PROMOTOR DE JUSTIÇA, COM BASE NA POSSÍVEL OCORRÊNCIA DA PRESCRIÇÃO VIRTUAL. OFENSA AO PRINCÍPIO DA LEGALIDADE. MANDADO DE SEGURANÇA MANEJADO PELA VÍTIMA. TERCEIRO INTERESSADO. POSSIBILIDADE. SÚMULA 524/STF. NÃO INCIDÊNCIA.
>
> 1. É sabido que o nosso ordenamento jurídico pátrio não prevê a prescrição em perspectiva. Com efeito, impossível falar na existência de coisa julgada em favor do paciente, um vez que o ato judicial atacado afronta a legislação penal vigente, bem como vários princípios constitucionais.
>
> 2. É verdade ser inadmissível a intervenção do assistente de acusação na fase inquisitorial, o que somente poderá ocorrer após o recebimento da denúncia, quando então se instaura a ação penal, conforme dispõe o art. 268 do CPP. Entretanto, não se pode privar a vítima, que efetivamente sofreu, como sujeito passivo do crime, o gravame causado pelo ato típico e antijurídico, de qualquer tutela jurisdicional, sob pena de ofensa às garantias

constitucionais do acesso à justiça e do duplo grau de jurisdição.

3. De outra parte, também não se desconhece a jurisprudência pacífica desta Corte e do Supremo Tribunal Federal no sentido de que não cabe recurso da decisão judicial que, acolhendo manifestação do Ministério Público, ordena o arquivamento de inquérito policial por ausência de justa causa.

4. Contudo, no caso vertente, verifica-se que a controvérsia reside na circunstância de tal decisão ter sido proferida em desacordo com o princípio da legalidade, visto que o Magistrado de primeiro grau não respeitou os ditames dos arts.109 e 110 do Código Penal, que regem a matéria a respeito da prescrição, atuando fora da esfera estabelecida pelo legislador.

5. Por conseguinte, é possível o conhecimento do mandado de segurança no âmbito penal, notadamente quando impetrado contra decisão teratológica, que, no caso, determinou o arquivamento de inquérito policial por motivo diverso do que a ausência de elementos hábeis para desencadear eventual persecução penal em desfavor do indiciado.

6. Dessarte, à falta de previsão legal de recurso específico, a flagrante ilegalidade é passível de correção por meio de mandado de segurança, por ser medida cabível para a defesa de interesse de terceiro que não figurou na ação penal, dado que sequer foi instaurada, e que, portanto, não possui legitimidade recursal.

7. Por fim, não se aplica à espécie a Súmula nº 524/STF, porquanto, o próprio representante do Ministério Público, ao requerer o arquivamento do inquérito, com base na prescrição em perspectiva, admitiu, na época, a existência de materialidade e indícios suficientes de autoria para a deflagração da ação penal.

8. *Habeas corpus* denegado. HC nº 66.171/SP julgado prejudicado, por possuir idêntico pedido. (HC 123.365/SP, Rel. Ministro OG FERNANDES, SEXTA TURMA, julgado em 22/06/2010, DJe 23/08/2010) Grifei.

Destarte, em razão do princípio da presunção de inocência, bem como da falta de previsão legal e o entendimento dos tribunais superiores, entendo merecer reforma a decisão ora guerreada, por não vislumbrar a possibilidade de declaração da chamada prescrição virtual.

Mormente no caso em tela, em que sequer foi adimplido o prazo prescricional de 12 (doze) anos, posto que o fato se deu no dia 26.11.2004, o recebimento da denúncia em 23.11.2005 (fl. 77) e a publicação da sentença em 31.05.2010 (fl. 182 verso).

Portanto, o maior lapso alcançado entre marcos interruptivos foi de 04

(quatro) anos, entre o recebimento da denúncia e a prolação da sentença, não tendo decorrido os 12 (doze) anos previstos no inciso III do art. 109 do Código Penal para os crimes cuja pena máxima não ultrapassa 08 (oito) anos, que é o caso do delito imputado ao denunciado.

Diante do exposto, conheço do recurso, para DAR-LHE provimento, em consonância com o parecer ministerial, e anular a sentença de fls. 182, determinando o prosseguimento da ação penal.

É como voto.

Fortaleza, 20 de junho de 2011.

ÍNDICE ALFABÉTICO

JURISPRUDÊNCIA CÍVEL

APELAÇÃO CÍVEL

Ação civil pública – Ministério Público – realização de exame médico pelo município – pessoa hipossuficiente portadora de doença grave – direito à vida e à saúde – dever constitucional do ente público – procedência da ação.....28.

Ação de despejo por falta de pagamento – ausência de juntada de contestação apresentada tempestivamente – julgamento antecipado da lide não anunciado – inteligência do Art. 509, do CPC – cerceamento de defesa configurado – sentença nula.....54.

Ação de execução de crédito por contrato – extinção do processo em primeira instância com fundamento na prescrição intercorrente da pretensão autoral – transcurso de mais de cinco anos entre o despacho que ordenou a citação e a prolação da sentença recorrida – decisão merecedora de reforma – Art. 202, Parágrafo Único, do Código Civil/2002 e do Art. 219, do CPC – o prazo prescricional se interrompe com o despacho que ordenar a citação, só retornando a correr quando da extinção do processo que o interrompeu.....146.

Ação reivindicatória – imóvel já transferido para a titularidade da apelada, já consumada a relação de mútuo celebrada entre a Caixa Econômica Federal e a recorrida – bem que não mais integra o patrimônio da União – competência da justiça estadual – desinteresse da União manifestada – alegação de posse mansa e pacífica ineficiente para afastar o direito da apelada – lide fundada no domínio.....49.

Alimentos – julgamento antecipado da lide – inviabilidade – nomeação de curador – colidência inequívoca entre os interesses da menor e os de sua genitora – não configuração – extinção do feito – abandono da causa – devido processo legal – inobservância – nulidade.....152.

Atropelamento – reparação de danos – culpa concorrente – condutas culposas recíprocas entre o preposto do apelante e o acidentado, observando-se a desídia de ambas as partes na adoção da cautela exigida – graus distintos – *quantum* indenizatório – redução.....36.

Autarquia municipal – condenação em custas processuais – isenção – regimento de custas do Estado do Ceará – multa de trânsito – licenciamento do veículo condicionado ao prévio pagamento – notificações de autuação e de penalidade comprovadas – ausência de violação às Súmulas 127, do STJ e 28 do TJCe – devido processo legal.....157.

Concessionária de serviço público – inscrição indevida em cadastro de inadimplentes – dano moral *in re ipsa* – alegação de legalidade da inscrição em virtude da apelada não haver solicitado o cancelamento de energia elétrica ao desocupar o imóvel – improcedência – inversão do ônus da prova, previsto no Art. 6º, VIII, do CDC – reparação devida.....60/61.

Contrato de locação - ação de despejo – embargos de retenção por benfeitorias – impossibilidade – necessidade de discussão em sede do processo de conhecimento – cerceamento do direito de defesa – improcedência – matéria de direito.....67.

Danos morais e materiais – extinção do processo sem julgamento do mérito por abandono – necessidade de intimação pessoal do representante legal da parte autora – não realização – anulação da sentença extintiva do feito – retorno dos autos à origem para seu regular prosseguimento.....46.

Direito de família – modificação de cláusula contratual – apelante que almeja retornar ao seu antigo nome de casada mediante alteração de dispositivo de acordo em separação judicial – existência de prévia opção pelo uso do nome de solteira – impossibilidade – princípio da imutabilidade dos nomes.....72/73.

Empresa de ônibus – paralisação ocorrida – atuação do sindicato da categoria – prejuízos devidamente comprovados na instrução - culpa do agente ou preposto e nexo causal – existência concomitante – condenação à reparação dos danos.....20.

Execução de alimentos – prisão civil – legalidade – meio coercitivo passível de ser utilizado para cobrança de alimentos provisórios, provisionais ou definitivos – alimentos estabelecidos *intuitu familiae* – tramitação conjunta de ação executiva e ação de minoração do encargo alimentar – impossibilidade.....77/78.

Imposto de transmissão *inter vivos* – contrato de permuta de imóveis (terra nua) – posterior construção de edifícios – benfeitorias erigidas pelos adquirentes – Súmula 110 e 470 do STF – exclusão da hipótese de incidência, que deve se reportar à alienação dos terrenos – fato gerador do ITBI – momento: transcrição do título aquisitivo no registro de imóveis – base de cálculo: valor de mercado.....112/113.

Morte por afogamento em piscina – estabelecimento hoteleiro – danos morais e materiais – procedência – ausência de salva-vidas – culpa exclusiva da vítima – inexistência.....84/85.

Multa – Detran – nulidade por ausência de prova da dupla notificação exigida pelo código de trânsito brasileiro – sentença em conformidade com a Súmula 312, do STJ..... .....160.

Policial militar - reformado – ato administrativo de efeitos concretos praticado há mais de dezenove anos contados da propositura da ação judicial – pretensão de reconhecer e constituir o seu direito às sucessivas promoções em ressarcimento à preterição – prescrição do fundo de direito – inteligência do Art. 1º do Decreto nº 20.910/32 – aplicação do Art. 269, IV, segunda figura, do CPC.....101.

Policial militar – promoção por antiguidade e ressarcimento de preterição – não comprovação dos requisitos legais – necessidade de qualificação do militar.....140/141.

Previdência privada – complementação – competência – justiça comum – entendimento consolidado do STJ – aplicação do estatuto primitivo, vigente à época de vinculação do beneficiário – regulamento mais benéfico – inteligência da Súmula 288, do TST..... .....125/126.

Reivindicatória – usucapião e cautelar de atentado – impugnação à justiça gratuita procedente – interposição de agravo retido – não atendimento da intimação para suprir a deficiência – ausência do pagamento das custas – indeferimento da inicial – Arts. 283, 257 e 267, IV, do CPC – intimação pessoal – desnecessidade – extinção da reivindicatória por falta de condição da ação – preclusão consumativa.....133/134.

Responsabilidade civil – pedidos indenizatórios recíprocos – agressões verbais mútuas – imunidade parlamentar material – direito de retorsão – inexistência de dano moral a reparar.....13.

Servidor público – abandono de cargo – caracterização – processo administrativo – servidor não encontrado – esgotamento de todas as diligências para sua citação pessoal – citação por edital – nomeação de defensor – alegação de defesa técnica insuficiente – inocorrência – defensor dativo que patrocinou todos os atos condizentes com a condição de defensor do apelante – ausência de irregularidade procedimental.....107.

Servidor público – remoção – ausência de motivação – ocorrência de arbitrariedade – não acatamento dos critérios que regem os atos administrativos – nulidade do ato..... .....162.

Sucessão hereditária – transmissão de domínio por via de acordo homologado - presença de herdeiro menor – impossibilidade de partilha amigável – título nulo de pleno direito – execução improcedente.....26.

AGRAVO DE INSTRUMENTO

Ação cautelar de exibição de documentos – satisfatividade da medida cautelar – possibilidade – princípio da fungibilidade das tutelas de urgência – impossibilidade material de cumprimento da ordem judicial não comprovada.....208.

Ação revisional – juízo de retratação exercido pelo juiz *a quo* – matérias devolvidas prejudicadas – legalidade da cobrança de juros sobre juros, constitucionalidade da pactuação do anatocismo.....199/200.

Agravo de instrumento e embargos de declaração – interposição simultânea para atacar a mesma decisão – impossibilidade – princípio da unirrecorribilidade – exceção só as expressas em Lei, como as decisões que comportam recurso especial e extraordinário – precedentes do STJ e do TJCe.....221.

Concurso público – inscrição em curso de formação somente pela internet – problemas de acesso – exiguidade de tempo de inscrição – plausibilidade de ineficácia de provimento futuro – inexistência de perigo de dano ao Estado – obediência ao princípio da escolha dos melhores candidatos mediante concurso.....235/236.

Crédito tributário – consignação em pagamento – tutela antecipada – suspensão da exigibilidade, expedição de certidão negativa de débito e óbice a restrições administrativas – impossibilidade – não exibição pelo julgador dos elementos probatórios evidenciadores de que a quantia depositada corresponda à totalidade da dívida existente perante o fisco estadual.....182.

Denúncia vazia – direito de propriedade – ação de despejo – suspensão de liminar de desocupação do imóvel objeto da disputa – possibilidade – prévio ajuizamento de ação renovatória – equilíbrio da relação locatícia – conexão – julgamento em conjunto de ambos os processos.....173.

Edital licitatório – decisão judicial que determinou a inclusão da agravada no pregão presencial nº 24/2006, do município de Fortaleza – não comprovação de malferimento à Lei 8.666/93 – decisão reformada – decisão administrativa que excluiu a agravada do pregão – possibilidade – discricionariedade da administração pública em exigir dos licitantes determinado procedimento.....177/178.

Estabelecimento comercial – embargo de atividade – ausência de alvará de funcionamento – protocolizado, pela empresa, pedido de expedição do alvará – não obtenção de resposta da administração pública – ofensa superlativa ao princípio do livre exercício da atividade econômica – aplicação dos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade.....186/187.

Execução – substituição de penhora – penhora *on line* de numerários financeiros – adequação à ordem preferencial estatuída no Art. 655, do CPC – possibilidade em razão da redação do Art. 656, I, da Lei Processual – ordem preferencial que, embora de não ser absoluta, deve ser privilegiada no caso, como garantia da execução – existência de restrições (alienação fiduciária) em bem anteriormente dado em garantia.....211/212.

Execução fiscal – Lei nº 14.505/2009 – parcelamento posterior à penhora *on line* – liberação de valores bloqueados – impertinência.....203.

Fornecimento de medicamentos – cidadão hipossuficiente – responsabilidade solidária dos entes da Federação – não configurada a violação aos princípios administrativos, legalidade e eficiência – não incidência da teoria da reserva do possível – direito fundamental à vida saudável.....191/192.

Órgão previdenciário – inclusão do cônjuge de servidora pública perante o rol de dependentes – possibilidade – aplicação, em concreto, do princípio da isonomia – antecipação de tutela – aplicação.....231.

Postulado da congruência (Art. 128, do CPC) – deferimento de medida liminar não contemplada entre os pedidos formulados pela parte autora – pronunciamento jurisdicional *extra petita* – nulidade da decisão.....169.

Servidor público – aposentadoria por invalidez – proventos integrais – supressão indevida de gratificações recebidas na atividade – antecipação de tutela em desfavor da fazenda pública – possibilidade – vedações da Lei nº 9.494/97, não são aplicáveis quando se trata de pedido de restabelecimento de parcela remuneratória indevidamente suprimida – decisões reiteradas do STJ.....227.

Tratamento de saúde – princípios constitucionais fundamentais: direito à vida e à saúde – fornecimento de medicação – antecipação dos efeitos da tutela jurisdicional – verossimilhança da alegação e fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação – possibilidade – precedentes do STF e do STJ.....216.

MANDADO DE SEGURANÇA

Servidor militar – preenchimento de ficha de avaliação para quadro de acesso – ato realizado pela autoridade administrativa conforme estabelecido no Art. 99, da Lei nº 13.729/2006 (estatuto dos militares estaduais) – vinculação ao princípio da legalidade – pretensão de modificação da pontuação atribuída pela autoridade competente – impossibilidade – não comprovação de qualquer ilegalidade ou abuso da administração.....250.

Servidor público – escrivã da polícia civil – progressão horizontal prevista no Art. 70, da Lei nº 12.124/93 – vantagem vencimental suprimida pela Lei nº 12.913/99 – ato comissivo único dotado de efeitos concretos e permanentes – mandado de segurança impetrado intempestivamente – decadência da impetração – incidência do Art. 23, da Lei nº 12.016/09.....268.

Servidor público – pensão por morte – valor que faria jus o instituidor como se na ativa estivesse – o STF já decidiu pela autoaplicabilidade do contido no Art. 40, § 7º, da Constituição Federal – Súmula 22 desta corte - inaplicável o instituto da decadência nas prestações de trato sucessivo, quando decorrer da redução da pensão por morte – precedentes do STJ e Súmula 25 do TJCe.....241/242.

Tribunal de Contas dos Municípios - impugnação de acórdão – preliminar de impossibilidade jurídica do pedido – rejeição – aplicação de multa a prefeito – remessa intempestiva de prestação de contas – exercício das funções institucionais do TCM – atribuição constitucional e legal para aplicar punição pecuniária ao gestor municipal que incorrer em infração administrativa.....254/255.

SENTENÇA DE 1º GRAU

Jurisdição voluntária – laqueadura de trompas – caráter urgente e absolutamente necessário – saúde precária da parturiente – impossibilidade de uso de outros meios anticonceptivos – último mês de gestação – negação pelo hospital do município do procedimento cirúrgico em virtude de sua pouca idade – tratamento não ofertado pela rede municipal de saúde – competência do M.P. de promover as medidas necessárias para tornar seguro à garantia dos direitos fundamentais e sociais previstos na Constituição Federal – determinação judicial para realização da laqueadura.....275.

JURISPRUDÊNCIA CRIMINAL

APELAÇÃO CRIME

Assalto – existência de provas convincente relativa a autoria delitiva – identificação pessoal do réu, em juízo – advogado do paciente que, embora intimado regularmente, deixou de oferecer defesa prévia no tríduo legal – peça processual prescindível – cerceamento de defesa – inexistência.....303.

Furto simples – pena-base estipulação em seu grau mínimo – ausência de direito público subjetivo do condenado – pena estipulada em perfeita consonância com o Art. 59 e nos limites do Art. 155, *caput*, ambos do Código Penal – alegação de não ter o acusado condições de pagar a pena de multa – descabimento por ausência de previsão legal.....289.

Homicídio – sentença absolutória – recurso ministerial – alegação de interferência do juiz presidente na votação na hipótese de respostas contraditórias – ausência de reformulação de todos os quesitos onde reside a contradição – cabimento – nulidade absoluta – novo julgamento ordenado.....311.

Homicídio qualificado – apelação interposta pela defesa contra decisão do novo júri – fundamento legal idêntico a recurso anteriormente interposto pelo M.P.

- impossibilidade – ofensa aos princípios da soberania dos veredictos e da segurança jurídica – direito à progressão de regime – reconhecimento *ex officio*.....291/292.

Homicídio qualificado – libelo em desacordo com a decisão de pronúncia – não leitura do libelo – assistente do M.P. nomeado fora das hipóteses legais – teses de nulidades desprovidas de fundamento jurídico – meras irregularidades sem qualquer consequência mais gravosa – improvimento.....298.

Homicídio simples – condenação a seis anos de reclusão – regime semiaberto – apelações da acusação e da defesa – provas dos autos suficientemente concretas – decisão contrária à prova dos autos – inocorrência.....321.

Pena – dosimetria – injustiça na aplicação – inocorrência – reprimenda aplicada acima do mínimo legal – circunstâncias do Art. 59, do Código Penal, desfavorável ao réu – majoração fundamentada pelo juiz – possibilidade – prescrição – extinção da punibilidade – declaração de ofício.....317.

Tribunal do júri – anulação do julgamento – decisão manifestamente contrária à prova dos autos – inocorrência – versão acolhida pelos jurados devidamente comprovada nos autos – sentença mantida.....306.

HABEAS CORPUS

Delito contra a ordem tributária estadual – trancamento de ação penal – Ministério Público que realiza fase inquisitória para depois denunciar – perda de sua imparcialidade e usurpação da função institucional da polícia judiciária – não compete ao M.P. Proceder diretamente investigação criminal – ordem concedida.....329.

Estelionato – cartão de crédito – concurso de agentes – liberdade provisória – paciente useiro e vezeiro na prática de enganar – impossibilidade.....357.

Homicídio – progressão de regime – benefício assegurado ao preso provisório previsto em lei e admitido em súmula do STF, nº 716 – decisão do juízo *a quo* que torna nula a execução provisória da pena imposta ao paciente/sentenciado e determinou o arquivamento da carta de guia de recolhimento – impropriedade.....349/350.

Homicídio culposo – benefício da suspensão condicional do processo – inaplicabilidade – acusado que está implicado em outro processo crime – Art. 89, da Lei nº 9.099/95 – *reformatio in pejus* – inocorrência – aplicação, em ação penal renovada, de pena mais grave do que a imposta na sentença anulada, em face da impossibilidade de ato nulo limitar o novo *quantum* penalógico.....360.

Nulidades processuais – cerceamento de defesa por ausência de citação pessoal – citação por edital sem a devida suspensão do feito, na forma do Art. 366, do CPP – condenação a 8 anos de reclusão – intimação da sentença por edital com prazo de 20 dias e não de 90 dias, nos termos do Art. 392, do CPP – ausência de intimação do defensor – nulidades absolutas – ocorrência.....347.

Porte de arma – ausência de materialidade delitiva – perícia de potencialidade lesiva da arma de fogo não realizada – trancamento da ação penal – impossibilidade – aplicação da Súmula nº 7 do TJCe – delatória que atende aos requisitos do Art. 41, do CPP – concessão *ex officio* de *habeas corpus* por ocorrência do excesso de prazo para o encerramento da instrução.....338.

Tráfico de drogas e associação para o tráfico – requerimento de prisão preventiva pelo M.P. - preliminares da autoridade impetrada de ilegitimidade e inépcia da inicial – rejeição – alegação de desfundamentação e ilegitimidade do requesto ministerial – inocorrência.....343/344.

Tráfico de drogas, associação para o tráfico, homicídios e lavagem de dinheiro – prisão preventiva – alegação de inexistência de elementos fáticos para fundamentação da segregação – inocorrência – presença dos pressupostos e requisitos da preventiva – inquérito policial – excesso de prazo para o oferecimento da denúncia – complexidade da causa – diversas modalidades criminosas com múltiplo indiciados – princípio da razoabilidade.....331/332.

RECURSO CRIME EM SENTIDO ESTRITO

Furto qualificado – sentença de extinção da punibilidade – prescrição em perspectiva – impossibilidade – não há qualquer previsão legal a autorizar o reconhecimento do instituto da prescrição para a declaração da extinção da pretensão punitiva do Estado pela pena *in perspectiva*.....374.

Sequestro extorsivo – vítima que, pela intensidade do trauma psicológico sofrido, se suicida – crime hediondo – presunção de inocência – não repele a prisão antes do julgamento – criminosos astuciosos, frios, de inteligência acima da normal – restauração dos efeitos da prisão preventiva – cassada a ordem de soltura.....365/366.

Tentativa de homicídio – desclassificação do delito para lesão corporal pelo juízo *a quo* – pronúncia – juízo de admissibilidade – exame meritório – atribuição constitucional do tribunal do júri – indícios de materialidade e autoria – *in dubio pro societate*.....369.



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
DO ESTADO DO CEARÁ

Esta obra foi composta em
Times New Roman e impresso em papel 24 kg.
Impressão e acabamento no Parque Gráfico do
Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, em
Fortaleza/CE, Outubro de 2011.