TRIBUNAL DE JUSTIÇA
DO ESTADO DO CEARÁ

Revista de Jurisprudência do Tribunal de Justiça do Ceará

Volume 40 - 2011
Outubro / Dezembro

TJCE EDITORA

ISSN 2175-0874

R. Jurisp. Trib. Justiça Est. Ceará, Fortaleza, v.40, p. 1 - 439, 2012

Revista de Jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará
Volume 40.2011
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

Conselho Editorial:
Des. Francisco de Assis Filgueira Mendes - Presidente
Desa. Sérgia Maria Mendonça Miranda
Des. Carlos Alberto Mendes Forte
Dr. Francisco Luciano Lima Rodrigues
Dr Mantovanni Colares Cavalcante

Editor Responsável:
Lúcia Carvalho Cidrão

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

Des. José Arísio Lopes da Costa - Presidente
Des. Ernani Barreira Porto
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. Antônio Abelardo Benevides Moraes
Des. Francisco de Assis Filgueira Mendes
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
Des. Carlos Rodrigues Feitosa
Desa. Maria Iraneide Moura Silva

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

Des. José Arísio Lopes da Costa - Presidente
Des. Ernani Barreira Porto
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. Francisco de Assis Filgueira Mendes
Des. Francisco Lincoln Araújo e Silva
Des. Francisco Sales Neto
Desa. Maria Naílde Pinheiro Nogueira
Des. Haroldo Correia de Oliveira Máximo
Des. Francisco Auricélio Pontes
Des. Francisco Suenon Bastos Mota
Des. Clécio Aguiar de Magalhães
Des. Emanuel Leite Albuquerque

CÂMARAS CÍVEIS REUNIDAS
(Reuniões às últimas terças-feiras de cada mês, com início às 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. Antônio Abelardo Benevides Moraes
Des. Francisco de Assis Filgueira Mendes
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. Inácio de Alencar Cortez Neto
Des. Washington Luis Bezerra de Araújo
Des. Carlos Alberto Mendes Forte
Des. Teodoro Silva Santos
Des. Carlos Rodrigues Feitosa
Desa. Maria Iraneide Moura Silva

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

Des. Rômulo Moreira de Deus - Presidente
Des. Antônio Abelardo Benevides Moraes

Des. Francisco Gladyson Pontes
Des. Washington Luis Bezerra de Araújo

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

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

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

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

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

Desa. Sérgia Maria Mendonça Miranda - Presidente
Des. Jucid Peixoto do Amaral
Des. Manoel Cefas Fonteles Tomaz

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

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

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

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

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

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

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

Des. João Byron de Figueirêdo Frota - Presidente
Des. Haroldo Correia de Oliveira Máximo
Desa. Francisca Adelineide Viana
Des. Francisco Dorival Beserra Primo

CONSELHO SUPERIOR DA MAGISTRATURA
(Reuniões às 2as e 4as segundas-feiras com início às 17 horas)

Des. José Arísio Lopes da Costa - Presidente
Des. Luiz Gerardo de Pontes Brígido
Desa. Edite Bringel Olinda Alencar
Des. Ernani Barreira Porto
Des. Francisco Auricélio Pontes
Des. Francisco de Assis Filgueira Mendes
Des. Francisco Lincoln Araújo e Silva
Des. Francisco Pedrosa Teixeira
Des. Paulo Camelo Timbó

Sumário

Doutrina

Impacto da 12403/2011 nos Procedimentos Libertatórios das Varas Criminais de Fortaleza.....15/19
Marlúcia de Araújo Bezerra
Juíza de Direito da 17ª Vara Criminal

Jurisprudência Cível

Apelação Cível.....25/239
Agravo de Instrumento.....243/301
Mandado de Segurança.....305/343

Jurisprudência Criminal

Apelação Crime.....349/394
Habeas Corpus.....397/416
Recurso Crime em Sentido Estrito.....419/430

Índice Alfabético.....431/439

PREFÁCIO

A partir deste número (40), a Revista de Jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará é editada sob responsabilidade do Conselho Editorial da Editora do Tribunal de Justiça do Ceará, concretizando-se um sonho de muito acalentado de melhor participação e divulgação da produção de nossos juízes de primeiro e segundo grau.

Sonha o judiciário cearense e toda a comunidade jurídica com avanço divulgacional de nossos julgados e estudos doutrinários, integrando-se, desta forma, com a grande corrente de consolidação da força dos precedentes judiciais atualmente existente e com a previsão extensiva do prestígio à conta do anunciado Novo Código de Processo Civil.

Des. Francisco de Assis Filgueira Mendes
Presidente da Comissão de Jurisprudência e Biblioteca

Doutrina

IMPACTO DA LEI 12403/2011 NOS PROCEDIMENTOS LIBERATÓRIOS DAS VARAS CRIMINAIS DE FORTALEZA

Marlúcia de Araújo Bezerra
Juíza de Direito da 17ª Vara Criminal

Como bem o disse Pacelli[1], o novel regulamento reforçou a noção, que vem se consolidando já há algum tempo no Processo Penal, de que provisória será sempre a prisão, sendo regra a liberdade. Assim a expressão "liberdade provisória" manteve apenas seu valor etimológico, dada a sua inscrição, nestes termos, na Constituição Federal.

Com a nova redação do art. 310 do Código de Processo Penal, o Juiz, ao receber o Auto de Prisão em Flagrante, terá a obrigação de, fundamentadamente, e **sem a oitiva prévia do Ministério Público**, decidir, na seguinte sequência:

1. A prisão é legal ou ilegal? Se ilegal, por não atender aos requisitos da prisão em flagrante, deverá ser anulado o Auto e o preso posto em liberdade.
2. Se a prisão for legal, o Juiz, após declarar tal condição, deverá decidir, tudo de ofício, sobre a possibilidade de concessão de liberdade provisória ao preso em flagrante, podendo sujeitá-lo, além das condições dos arts. 327 e 328 do CPP, que permanecem inalteradas, a uma, a várias ou a todas as medidas cautelares diversas da prisão preventiva, dispostas no novo art. 319 do CPP, conforme cabíveis, nos termos do art. 321 do novel cânone.
3. Se a prisão for legal e estiverem presentes as circunstâncias que determinam a necessidade da medida cautelar extrema, excepcional, qual seja, a prisão preventiva, conforme delineadas nos arts. 312, *caput* e 313 do CPP, o juiz deverá converter a prisão em flagrante em preventiva, justificando, no mesmo *decisum ex officio*, a inadequação da aplicação de outra medida cautelar diversa da prisão e a impossibilidade de concessão de liberdade provisória ao acusado.

Caso seja suficiente a imposição de medida cautelar diversa da privação *ante tempus* da liberdade, o juiz deverá, *ab initio*, substituir a prisão preventiva pela(s) medida(s) cautelar(es) menos gravosa(s), nos termos dos parágrafos 5º e 6º do art. 282 do Código de Processo Penal, com a nova redação.

1 Eugênio Pacelli de Oliveira, em separata de atualização da 14ª Edição da obra "Curso de Processo Penal".

É evidente que a avaliação da suficiência ou não de medida cautelar diversa da prisão preventiva, seja para assegurar a aplicação da lei penal, garantir a ordem pública ou econômica ou por conveniência à instrução criminal, será feita por critério subjetivo de cada magistrado, vez que não há parâmetros objetivos para definir ou conceituar tais situações ou circunstâncias.

Uma questão que se impõe resolver é a seguinte:

Como conciliar o dever do Juiz de, ao receber o Auto de Prisão em Flagrante, em sendo legal a prisão mas incabível a prisão preventiva, conceder liberdade provisória nos casos em que o auto de prisão em flagrante chega ao Juízo desacompanhado de qualquer documentação do preso – e em Fortaleza todos os autos de prisão chegam nessa condição – se o parágrafo único do art. 313 do CPP determina o cabimento da prisão preventiva quando houver dúvida sobre a identidade civil da pessoa?

Pensamos que, na comarca de Fortaleza, haverá, a princípio, duas maneiras de resolver o dilema:

1 – Esperar que o preso, através de legítimo operador jurídico (advogado ou Defensoria Pública), faça juntar, ao auto de prisão em flagrante cópia autenticada de documento de identificação civil ou formule pedido de liberdade provisória **(sobre o qual a decisão não deverá mais ser precedida de oitiva do Ministério Público, em consequência do disposto no novo art. 310 do CPP)** contendo a documentação que possa dirimir a dúvida quanto à identidade civil do preso.

2. Deixar a cargo da autoridade administrativa responsável pela custódia a responsabilidade pela identificação civil de preso beneficiário de alvará de soltura. Tal responsabilidade deverá constar no texto do Alvará de Soltura, como condição para efetivar a liberação, e deverá ser exigida pelo Oficial de Justiça da autoridade responsável pela custódia no momento da efetivação da soltura.

Entendemos que a primeira solução esvazia o sentido da expressão "Ao receber o auto de prisão em flagrante", constante no novo art. 310 do CPP, porque o Juiz, ao esperar a instrução do auto com a prova da identidade civil do preso ou a interposição de pedido com fim específico de pleitear a liberdade provisória, deixará de dar provimento jurisdicional imediato, conforme se exige na nova disciplina legal da matéria.

Aliás, outras exigências atualmente feitas, tais como comprovação de endereço, certidões de antecedentes criminais e até comprovação de atividade laboral perderam o sentido:

A **declaração de endereço** correto nos autos trata-se de ônus do réu: se não o fizer sofrerá as consequências processuais da revelia ou da suspensão do processo e do curso do prazo prescricional, podendo ser decretada sua prisão preventiva.

A **prova dos antecedentes criminais** indicativos da necessidade de prisão preventiva ou medida cautelar diversa (**só condenações anteriores**[2]) deve ser feita pela própria estrutura judiciária, através de certidões extraídas, pelos servidores lotados na secretaria da unidade judiciária, dos sistemas de informática (TELNET, SPROC, SAJ, INFOSEG, etc.), devendo as secretarias incluírem essas pesquisas em suas rotinas de trabalho, logo quando da autuação do auto de prisão em flagrante, para que ele seja apresentado ao Juiz já com essas certidões.

E quanto à **comprovação da atividade laboral**, que servia para demonstrar que o réu não é vadio, o novo art. 310 do CPP a isso não se reportou, levando à conclusão que tal exigência para concessão da liberdade provisória tornou-se descabida.

A segunda solução, a seu turno, ao passo em que agiliza a prestação jurisdicional, devolve ao Estado-Administração um problema que, a rigor, é dele e não do Judiciário, qual seja, obter a correta identificação de pessoas privadas da liberdade em razão de flagrante delito.

Nos termos do parágrafo único do novo art. 313 do CPP, enquanto "houver dúvida sobre a identidade civil da pessoa" ou enquanto "esta não fornecer elementos suficientes para esclarecê-la" será admitida a prisão preventiva, "devendo o preso ser colocado imediatamente em liberdade após a identificação".

Não há qualquer óbice, sendo até recomendável, dada a necessidade de soltura imediata depois de esclarecida a identidade do preso, que esta identificação seja feita perante e sob a responsabilidade da autoridade administrativa responsável pela custódia, inclusive porque, precípua e ontologicamente, a atividade de identificação das pessoas é da Administração e não do Judiciário.

A propósito, sobre esse tema, a signatária fez expedir à Secretaria de Segurança Pública e Defesa Social deste Estado, em 23 de junho de 2010, Ofício com

2 "Não podem repercutir contra o réu situações jurídico-processuais ainda não definidas por decisão irrecorrível do Poder Judiciário especialmente naquelas hipóteses de inexistência de título penal condenatório definitivamente constituído" (STF — HC 68465-3 — Rel. Celso de Mello — DJU, de 21/02/1992, p. 1694).

o seguinte teor:

"(...)

Senhor Secretário,

Ao tempo em que reitero minha profunda admiração pelo trabalho desenvolvido por essa pasta administrativa, dirijo-me, mais uma vez, a Vossa Excelência, desta feita a fim de relatar-lhe problema administrativo para o qual, ao final, apresento proposta de solução.

Refiro-me ao fato de que, em um grande número de ocorrências de prisões em flagrante, os presos são recolhidos ao cárcere provisório, nas delegacias e, posteriormente encaminhados ao sistema prisional, sem que os acompanhe qualquer tipo de documento de identificação pessoal.

Tal fato constitui um grande problema porque representa sério entrave aos procedimentos de concessão de benefícios liberatórios previstos em lei, dada a dificuldade em se comprovar a real identificação do preso no momento de sua soltura.

Além disso, a inexigibilidade de documento de identificação civil ou criminal do preso no momento da lavratura do auto de prisão em flagrante possibilita a este identificar-se com nome falso a fim de evitar a descoberta de antecedentes criminais, fenômeno que tenho observado com bastante freqüência em minha lida diária nesta seara penal, sendo a fraude descoberta somente muito tempo depois, muitas vezes já com a ação penal próxima de seu fim.

Para evitar o imbróglio ora exposto, tomo a liberdade de sugerir a Vossa Excelência que determine aos Delegados de Polícia Civil que somente procedam à lavratura do auto de prisão em flagrante quando o preso estiver portando via original da cédula de identidade civil ou documento equivalente, ou certidão de nascimento, ou outro documento público com foto, a fim de comprovar sua identidade, documentos estes cuja busca poderá ser feita, caso o flagrado não os porte no momento do fato, na própria residência do preso, pelos policiais militares responsáveis pela prisão e condução à Delegacia, isto se houver, evidentemente, a expressa concordância do preso, ainda que verbal.

Caso o acusado declare não possuir nenhum dos documentos mencionados, ou não autorize a busca em sua residência, ou não quiser declarar onde esta se localiza, ou ainda, quando houver dúvida sobre a autenticidade de sua identificação civil, deverá ser conduzido, antes da lavratura do auto de prisão em flagrante, ao Instituto de Identificação do Estado do Ceará, para que seja providenciada pela autoridade competente, a precisa identificação criminal do mesmo, tudo nos termos do art. 5º, inciso LVIII da Constituição Federal, devendo, em todo caso, cópia autenticada da identificação criminal ou civil acompanhar o auto de prisão em flagrante bem como o prontuário do preso em todas as suas transferências sob custódia do Estado-Administração.

Por fim, sem alongar-me ainda mais, gostaria de agradecer de logo qualquer atenção que Vossa Excelência dispensar a estes alvitres, alinhavados no exclusivo afã

de melhorar a qualidade do serviço público prestado tanto pelo Estado-Administração quanto pelo Estado-Juiz.

Cordiais Saudações,

(...)"

Acatando a sugestão, a Secretaria de Segurança Pública e Defesa Social determinou às autoridades policiais em 06.07.2.010 (protocolo n. 10359973-8), a adoção das medidas sugeridas. Infelizmente, porém, a determinação não está sendo obedecida, vez que continuamos a receber autos de prisão em flagrante sem a identificação documental dos presos.

Não obstante a isso, na Décima Sétima Vara Criminal de Fortaleza, da qual sou titular, os alvarás de soltura expedidos levam, no bojo, a expressa advertência de que a autoridade administrativa responsável pela custódia (Delegado ou Diretor de instituição carcerária) é responsável também pela correta identificação do preso e só depois disso é que a liberação está autorizada.

Jurisprudência Cível

APELAÇÃO CÍVEL

Nº PROCESSO: 0046270-67.2005.8.06.0001
TIPO DO PROCESSO: APELAÇÃO CÍVEL
APELANTE: Instituto Nacional do Seguro Social INSS
APELADO: José da Silva
RELATOR: DES. DURVAL AIRES FILHO

EMENTA:
PREVIDENCIÁRIO. APELAÇÃO E REMESSA DE OFÍCIO. AÇÃO REVISIONAL. 1. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA COMUM PARA JULGAR REVISÃO DE BENEFÍCIO DECORRENTE DE ACIDENTE DE TRABALHO. 2. BENEFÍCIOS CONCEDIDOS ENTRE 05/10/1988 E 05/04/1991. SALÁRIOS-DE-CONTRIBUIÇÃO. CORREÇÃO. INPC. ART. 202 DA CF. RENDA MENSAL INICIAL. RECÁLCULO. ART. 144 DA LEI N.º 8.213/91. DIFERENÇAS ANTERIORES A JUNHO DE 1992 INDEVIDAS.
1. Tratando-se de ação em que se discute a concessão de auxílio acidente em decorrência de lesão no trabalho, compete à Justiça Estadual o julgamento da demanda, conforme preceitua o art. 109, I, da Constituição.
2. A renda mensal inicial das aposentadorias concedidas entre 05/10/88 e 05/04/91, que é o caso dos autos, devem ser calculadas considerando-se os 36 (trinta e seis) salários de contribuição, atualizados pela variação do INPC. Assim, incabível a aplicação dos índices de correção monetária previstos na Lei nº 6.423/77 (ORTN). APELAÇÃO E REEXAME NECESSÁRIO CONHECIDOS PORÉM IMPROVIDOS. SENTENÇA MANTIDA.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos da Apelação Cível nº 0046270-67.2005.8.06.0001, em que figuram, como Apelante Instituto Nacional do Seguro Social - INSS e, como Apelado JOSÉ DA SILVA, ACORDAM os Desembargadores desta 7ª Câmara Cível, em votação unânime, pelo CONHECIMENTO e IMPROVIMENTO DO APELO, tudo nos termos do voto do Desembargador Relator.

RELATÓRIO

Examinada, trata-se de Apelação Cível na Ação de Obrigação de Fazer ajuizada por JOSÉ DA SILVA contra o INSTITUTO NACIONAL DE SEGURO SOCIAL – INSS, com base nos fatos, a seguir expostos:

O Autor é titular do benefício previdenciário nº. 007.509.3011-1, desde 11/01/1990.

Sustenta que entre o período inicial de pagamento e a data da publicação da Lei nº. 8.213/91, o seu benefício não foi devidamente reajustado pelo INSS. Requer ao final, a correção dos 36 (trinta e seis) salários-de-contribuição últimos do Autor, pela aplicação do INPC, fixando o novo valor do benefício inicial.

O Instituto Nacional do Seguro Social - INSS contestou o feito, às fls. 24/28, argumentando que o art. 202 da CF/88 não era auto-aplicável e que o parágrafo único do art. 144 da Lei nº. 8.213/91 dispõe que não deveria ser efetuado o pagamento de quaisquer diferenças referentes aos meses de outubro de 1988 a maio de 1992.

Na ocasião, o magistrado monocrático prolatou sentença cujo dispositivo restou assim redigido:

> "Isto posto, considerando os elementos do processo e as provas produzidas nos autos, JULGO PROCEDENTES os pedidos formulados por JOSÉ DA SILVA na ação que move contra o INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL – INSS para o fim de determinar ao demandado a revisão do valor da sua renda mensal inicial nos moldes do art. 144 da Lei 8.213/91, ou seja, com base na média dos 36 últimos salários-de-contribuição, corrigidos mês a mês pela variação do IPC/INPC, calculado pelo IBGE.
> Condena-se ainda o INSS ao pagamento, a partir de 29 de julho de 2000 e até o cumprimento da obrigação de fazer acima estipulada, da diferença resultante entre o valor que deveria ter sido pago ao autor a título de benefício previdenciário e aquele efetivamente pago, cumulado com correção monetária, juros de mora no percentual de 6% (seis por cento) ao ano durante a vigência do antigo Código de Beviláqua e juros de mora de 12% (doze por cento) ao ano após o início de vigência do Código Civil, tudo com base nas Súmulas nºs. 148 e 204 do STJ."

É o que se lê às fls. 45/49.

Inconformado, apelou o INSS, ratificando os termos de sua peça contestatória.

É o conteúdo das fls. 54/58.

Vieram as contrarrazões às fls. 61/68, em que o Apelado ratificou os termos da inicial e requereu pela manutenção da sentença ora atacada.

Em parecer ministerial de fls. 74/81, foi opinado pela nulidade dos atos decisórios e a consequente remessa dos autos à Justiça Federal, competente para conhecer o feito previdenciário.

É o relatório.

À Douta Revisão.

Fortaleza, 13 de setembro de 2011.

VOTO

Antes de qualquer iniciativa, conheço do presente recurso por estar presentes todos os seus requisitos de admissibilidade.

O douto representante ministerial opina no seu parecer (fls. 74/81) pela declaração de nulidade da sentença e remessa dos autos à Justiça Federal, frente à incompetência da Justiça Estadual para o conhecimento e julgamento da matéria.

A análise dos autos revela que, não obstante o ajuizamento pelo Requerente/ Apelado de Ação Revisional de Benefício Previdenciário, o benefício em análise tem natureza acidentária, porquanto, foi concedido frente à aquisição de doença com causa laboral e não degenerativa.

Em assim sendo, é inconteste que a competência para apreciar o pedido pertence à Justiça Estadual, sendo certo que, acaso a matéria envolvesse pedido de revisão de benefício previdenciário, a competência seria da Justiça Federal.

Sobre o tema:

> PREVIDENCIÁRIO. COMPETÊNCIA. CONFLITO NEGATIVO. CONCESSÃO DE APOSENTADORIA POR INVALIDEZ. ACIDENTE DE TRABALHO. CARACTERIZAÇÃO. CONTRIBUINTE AUTÔNOMO. ART. 109, I, DA CONSTITUIÇÃO. VERBETE SUMULAR N.º 15/STJ.
> 1. O objetivo da regra do art. 109, I, da Constituição é aproximar o julgador dos fatos inerentes à matéria que lhe está sendo submetida a julgamento.
> 2. As ações propostas contra a autarquia previdenciária objetivando a concessão de benefícios de índole acidentária são de competência da Justiça Estadual. Verbete sumular 15/STJ.
> 3. Os trabalhadores autônomos assumem os riscos de sua atividade e não recolhem contribuições para custear o benefício acidentário. Tal é desinfluente no caso do autônomo que sofre acidente de trabalho e pleiteia a concessão de aposentadoria por invalidez.
> 4. Conflito conhecido para declarar a competência do Juízo de Direito da Vara de Acidentes do Trabalho do Distrito Federal, o suscitante. (STJ - Terceira Seção. CC 86794/DF. Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima. DJ 01.20.2008).
>
> CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA. BENEFÍCIO PREVIDENCIÁRIO. AUXÍLIO-ACIDENTE. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA ESTADUAL. Tratando-se de ação em que se discute a concessão de auxílio acidente em decorrência de lesão no trabalho, compete à Justiça Estadual o julgamento da demanda, conforme preceitua o art. 109, I, da Constituição. As alterações introduzidas pela Emenda Constitucional n. 45/2004 ao texto constitucional não trouxeram qualquer modificação,

> tampouco dúvida, sobre a manutenção da regra de exclusão de competência da Justiça Federal nas causas de natureza acidentária. Outrossim, não houve ampliação da competência da Justiça do Trabalho para o processamento e julgamento das ações acidentárias ou revisionais dos benefícios já concedidos. Ao revés, permanece a competência residual da Justiça Estadual para os julgamentos que envolvam pretensões decorrentes de acidentes ou moléstias típicas das relações de trabalho. Precedentes do col. STF e da Terceira Seção desta Corte Superior. Conflito conhecido para declarar a competência do Juízo de Direito da 6ª Vara Cível de Piracicaba/SP. (STJ - Terceira Seção. CC 72075/SP. Rel. Min. Carlos Fernando Mathias - Juiz Convocado do TRF 1ª Região. DJ 08.10.2007).

Afasto, dessa forma, a preliminar levantada.

No mérito, temos que a controvérsia gira em torno do cálculo da Renda Mensal Inicial (RMI) da aposentadoria por invalidez concedida ao recorrido em 11/01/1990.

Para o cálculo da renda mensal da aposentadoria por invalidez, é necessário antes obter o valor do salário-de-benefício.

Assim, a renda mensal inicial das aposentadorias concedidas entre 05/10/88 e 05/04/91, que é o caso dos autos, devem ser calculadas considerando-se os 36 (trinta e seis) salários de contribuição, atualizados pela variação do INPC. Assim, incabível a aplicação dos índices de correção monetária previstos na Lei nº 6.423/77 (ORTN).

Ou seja, os benefícios concedidos entre a promulgação da Constituição Federal de 1988 (05/10/1988) e o início dos efeitos da Lei 8.213/91 (05/04/1991) devem ter a renda mensal recalculada, desde a data da concessão, de acordo com os critérios estabelecidos na referida Lei. Todavia, somente são devidas as diferenças apuradas a partir de junho de 1992, de acordo com o art. 144 e parágrafo único da Lei 8.213/91. Vejamos:

> Art. 144. Até 1º de junho de 1992, todos os benefícios de prestação continuada concedidos pela Previdência Social, entre 5 de outubro de 1988 e 5 de abril de 1991, devem ter sua renda mensal inicial recalculada e reajustada, de acordo com as regras estabelecidas nesta lei.
>
> Parágrafo único: A renda mensal recalculada de acordo com o disposto no caput deste artigo, substituirá para todos os efeitos a que prevalecia até então, não sendo devido, entretanto, o pagamento de quaisquer diferenças decorrentes da aplicação deste artigo referentes às competências de outubro de 1988 a maio de 1992.

Neste sentido, encontramos vasta jurisprudência sobre o assunto:

> PREVIDENCIÁRIO. PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO LEGAL PROVIDO. DECISÃO MONOCRÁTICA REFORMADA. REVISÃO DE BENEFÍCIO. RECÁLCULO DA RENDA MENSAL INICIAL.

BENEFÍCIO CONCEDIDO ENTRE 05/10/1988 E 05/04/1991. LEI Nº 6.423/77. ORTN/OTN. IMPOSSIBILIDADE. ART. 202 DA CF/88. APLICAÇÃO DO ARTIGO 144 E PARÁGRAFO ÚNICO DA LEI 8.213/91. ARTIGO 58 ADCT, ÍNDICE INTEGRAL NO PRIMEIRO REAJUSTE E EXPURGOS INFLACIONÁRIOS NOS REAJUSTES DO BENEFÍCIO INDEVIDOS. INVERSÃO DO ÔNUS DA SUCUMBÊNCIA. ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA GRATUITA.

1 - A renda mensal inicial das aposentadorias concedidas entre 05.10.88 e 05.04.91, devem ser calculadas considerando-se os trinta e seis salários de contribuição, atualizados pela variação do INPC. Assim, incabível a aplicação dos índices de correção monetária previstos na Lei nº 6.423/77 (ORTN). Precedentes do C. STJ.

2- Agravo legal provido. Decisão monocrática reformada. Exame dos recursos interpostos em face da sentença e da remessa oficial.

3- O E. STF firmou o entendimento no sentido de que o artigo 202 da Constituição Federal não é auto-aplicável, por necessitar de integração legislativa (RE 193456/RS, Pleno, DJ 07/11/1997).

4- Os benefícios concedidos entre a promulgação da Constituição Federal de 1988 (05/10/1988) e o início dos efeitos da Lei 8.213/91 (05/04/1991) devem ter a renda mensal recalculada, desde a data da concessão, de acordo com os critérios estabelecidos na referida Lei. Todavia, somente são devidas as diferenças apuradas a partir de junho de 1992. Aplicabilidade do art. 144 e parágrafo único da Lei 8.213/91. Precedentes do C. STJ.

5- Indevida a aplicação da equivalência salarial aos benefícios previdenciários concedidos após a promulgação da Constituição de 1988. Súmula n.º 687 do Egrégio Supremo Tribunal Federal.

6- A Súmula n.º 260 do extinto TFR se aplica somente aos benefícios concedidos antes da Constituição de 1988.

7- Descabida a inclusão dos índices expurgados no reajuste dos benefícios. Precedentes do C. STJ.

8- Excluídas as custas, despesas processuais e honorários advocatícios a cargo da parte Autora.

9 - Agravo provido. Apelação da parte autora improvida. Remessa oficial e apelação interposta pelo INSS providas. Sentença reformada. Pedidos julgados improcedentes. (TRF 3ª Região. Apelação / Reexame Necessário nº. 200361260093454, JUIZ NELSON BERNARDES, Decisão em 27/05/2009)

PREVIDENCIÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. RENDA MENSAL INICIAL. REVISIONAL. BENEFÍCIOS CONCEDIDOS ENTRE 05/10/1988 E 05/04/1991. ART. 144 DA LEI N.º 8.213/91. DECISÃO MANTIDA POR SEUS PRÓPRIOS FUNDAMENTOS.

1. O cálculo das rendas mensais iniciais dos benefícios concedidos entre 05/10/1988 e 05/04/1991, deve respeitar os exatos termos do art. 144 da Lei 8.213/91.

2. Decisão agravada que se mantém por seus próprios fundamentos.

3. Agravo regimental desprovido. (AgRg no Ag 948.486/SP, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 15/04/2008, DJe 12/05/2008)

PREVIDENCIÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. CÁLCULO DA RENDA MENSAL INICIAL DO BENEFÍCIO INICIADO APÓS A CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988. LIMITAÇÃO DO SALÁRIO-DE-BENEFÍCIO AO VALOR DO SALÁRIO-DE-CONTRIBUIÇÃO. MAIOR E MENOR TETO. INCIDÊNCIA DOS ARTIGOS 29, § 2º, E 33, DA LEI Nº 8.213/91. AGRAVO REGIMENTAL IMPROVIDO.

1. O eg. Plenário do Supremo Tribunal Federal consolidou posicionamento no sentido de não ser auto-aplicável o preceito contido no art. 202 da CF/88, reclamando integralização legislativa, alcançada com a edição da Lei nº 8.213/91.

2. Aos benefícios previdenciários concedidos no período de 05/10/1988 a 05/04/1991 fora determinado o recálculo de suas rendas mensais iniciais, aplicando-se aos salários-de-contribuição o critério de atualização pelo índice INPC, não sendo devido, entretanto, o pagamento de quaisquer diferenças apuradas em período anterior ao mês de junho de 1992.

3. *In casu*, como o benefício previdenciário foi concedido após a promulgação da Constituição Federal de 1988, e, consequentemente, teve sua renda mensal inicial recalculada com base no artigo 144 da Lei nº 8.213/91, é pacífica, nesta Corte, a compreensão no sentido de que o reajuste inicial do salário-de-benefício está limitado ao valor do respectivo salário-de-contribuição. Inteligência dos artigos 29, § 2º, e 33, da Lei 8.213/91.

4. A jurisprudência desta Casa é firme no sentido de que a disposição contida no artigo 136 da Lei nº 8.213/91, que impõe a eliminação dos tetos máximo e mínimo para o cálculo do salário-de-benefício, é diversa da contida no artigo 29, § 2º, daquele diploma legal. Enquanto este limita o salário-de-benefício ao valor do salário-de-contribuição; o artigo 136 determina a eliminação do menor e maior valor-teto do salário-de-contribuição para o cálculo do salário-de-benefício, de forma a abolir os critérios constantes da legislação previdenciária anterior, qual, a CLPS/84.

5. Na data da concessão do benefício previdenciário, já vigorava a Lei nº 7.787, de 30/6/1989, a qual reduziu o limite do salário-de-contribuição para 10 (dez) salários-mínimos.

6. Agravo regimental improvido. (AgRg no Ag 744.487/MG, Rel. Ministro HÉLIO QUAGLIA BARBOSA, SEXTA TURMA, julgado em 28/03/2006, DJ 15/05/2006, p. 316)

PREVIDENCIÁRIO. REVISIONAL. BENEFÍCIOS CONCEDIDOS ENTRE 05/10/1988 E 05/04/1991. SALÁRIOS-DE-CONTRIBUIÇÃO. CORREÇÃO. INPC. ART. 202 DA CF. RENDA MENSAL INICIAL. RECÁLCULO. ART. 144 DA LEI N.º 8.213/91. DIFERENÇAS ANTERIORES A JUNHO DE 1992 INDEVIDAS.

1. A teor de pacífica jurisprudência da Egrégia Terceira Seção, os salários-de-contribuição incluídos na elaboração da renda mensal dos benefícios previdenciários, concedidos após a Constituição da República vigente, devem ser corrigidos pelo INPC e demais índices que o sucederam.

2. Feito o recálculo da renda mensal inicial dos benefícios concedidos entre 05/10/1988 e 05/04/1991, consoante determinava o art. 144 da Lei n.º 8.213/91, não são devidas quaisquer diferenças relativas ao período

> anterior a junho de 1992, a teor do estatuído no parágrafo único do referido artigo.
> 3. Entendimento firmado em alinhamento com a decisão do Excelso Supremo Tribunal Federal (RE n.º 193.456/RS, Tribunal Pleno, rel. Min. Marco Aurélio, DJ de 07/11/1997), que considerou não ser o art. 202 da Constituição Federal, em sua redação original, norma de eficácia plena e aplicação imediata.
> 4. Recurso especial conhecido e provido. (REsp 496.701/SP, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 03/06/2003, DJ 30/06/2003, p. 299)

Em resumo, a sentença monocrática respeitou o pacífico entendimento dos tribunais superiores sobre o tema, não devendo sofrer, o decisum, qualquer alteração.

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

É como voto. É como me posiciono.

Fortaleza, 14 de setembro de 2011.

Processo: 0006996-28.2007.8.06.0001 – Apelação
Apelante: Fundação Sistel de Seguridade Social
Apelado: Francisco Rodrigues da Silva
Comarca de Origem: 3ª Vara Cível da Comarca de Fortaleza – Ceará.
Relator: Desembargador Durval Aires Filho

EMENTA:
DIREITO PREVIDENCIÁRIO. REVISIONAL. PREVIDÊNCIA PRIVADA. PRELIMINARES DE PRESCRIÇÃO E CERCEAMENTO DE DEFESA AFASTADAS. PRECEDENTES DO STJ. APLICAÇÃO DO CDC. ADMISSIBILIDADE. SUPLEMENTAÇÃO DE APOSENTADORIA. REDUTOR ETÁRIO. AUSÊNCIA DE PREVISÃO EM LEI EM SENTIDO FORMAL. FIXAÇÃO EM DECRETO E REGULAMENTO. IMPOSSIBILIDADE. AUSÊNCIA DE FONTE DE CUSTEIO. INOCORRÊNCIA. INCIDÊNCIA DA LEI Nº 6.435/77. SENTENÇA MANTIDA.

1. A prescrição alcança apenas as parcelas vencidas anteriormente ao quinquênio que antecede o ajuizamento da ação e não o próprio fundo de direito. No caso, o pleito se circunscreve apenas quanto as diferenças não corrigidas não atingidas pelo quinquênio.
2. O magistrado tem a faculdade de julgar antecipadamente a lide quando estiver convencido de que as provas apresentadas nos autos são suficientes para o julgamento do processo. Matéria de direito é sempre causa madura, que não enseja ataque a máxima do devido processo legal e da defesa a ele inerente.
3. A relação existente entre as entidades de previdência privada e seus segurados/beneficiários é de consumo.
4. Decreto é detalhamento da Lei, portanto, não é incisivo, a ponto de regular aquilo que não foi estabelecido pela regra legal. Previdência constitui aplicação da Lei da época. Se não havia redutor de idade, obrigando o assegurado a manter-se contribuinte, não há que se falar em obstáculo, muito menos em inexistência de fonte de custeio.
5. Tanto o Decreto nº 81.240/78 como o Regulamento do Plano de Benefícios da SISTEL, não se enquadram ao disposto no artigo 84, inciso IV da CF, extrapolando, assim, os limites

> previstos na Lei nº 6.435/77, então vigente, ao determinarem limite de idade para concessão da suplementação de aposentadoria por tempo de serviço, porquanto, em tal Lei não há essa previsão.
> 6. A fonte de custeio do benefício previdenciário advém da própria contribuição mensal que o apelado efetivou até a data de sua aposentadoria.
> 7. Recurso conhecido e não provido.

ACÓRDÃO:

Vistos, relatados e discutidos os autos da Apelação Cível nº 0006996-28.2007.8.06.0001, em que figuram, como Apelante Fundação Sistel de Seguridade Social - SISTEL e, como Apelado Francisco Rodrigues de Freitas, ACORDAM os Desembargadores desta 7ª Câmara Cível, em votação unânime, pelo CONHECIMENTO e IMPROVIMENTO DO APELO, tudo nos termos do voto do Desembargador Relator.

Fortaleza, 13 de janeiro de 2012

RELATÓRIO

Trata-se de Apelação Cível movida em face da r. sentença proferida em audiência na Ação de Revisão de Benefício Previdenciário ajuizada por Francisco Rodrigues de Freitas em desfavor da Fundação Sistel de Seguridade Social, que colimou com a seguinte parte dispositiva:

> "Ante o exposto, JULGO PROCEDENTE a presente AÇÃO REVISIONAL DE BENEFÍCIOS PREVIDENCIÁRIO promovida por FRANCISCO RODRIGUES DE FREITAS contra FUNDAÇÃO SISTEL DE SEGURIDADE SOCIAL, para condenar a promovida a implantar seu novo valor de benefício, excluído o redutor etário, com o pagamento das diferenças apuradas mês a mês, em prestações vencidas e vincendas, acrescidos de juros de 1%(um por cento) ao mês, sem capitalização e corrigidas monetariamente pelo IPC (FIPE), a partir da citação (art. 219 do CPC.)."

Alega, o apelante, às fls. 100-120: a prescrição do direito do apelado em cobrar a diferença de suplementação do benefício; a legalidade do limite etário traçado pelo Decreto nº 81.240/78 que regulamentou a Lei nº 6.435/77; a falta de reservas para custear o pagamento da diferença, porquanto é custeada pelas contribuições de seus patrocinadores e participantes; rejeitar a aplicação do IPC como índice de correção monetária.

Contrarrazões de fls. 126-143, onde pleiteia a manutenção do decisório de planície.

Manifestação do Ministério Público, por sua d. Procuradoria Geral de Justiça, às fls. 153-6, onde declina de opinar.

Distribuídos e redistribuídos várias vezes, chegaram em nosso gabinete (fls.166).

É o que se tinha para relatar.

À douta Revisão.

Fortaleza, 13 de janeiro de 2012

VOTO

Alega a recorrente, em caráter preliminar, existência de prescrição da ação revisional, vale ressaltar que conforme dispôs, o apelado, na exordial, trata-se de prestação de trato sucessivo pagas mês a mês, assim, a alegada prescrição, conforme entendimento da Súmula nº 291 do Superior Tribunal de Justiça, cujo o apelante se apega somente incide quanto ao ressarcimento referente às parcelas pagas anteriores aos 5 (cinco) anos da propositura da presente demanda. Porquanto, o enunciado nº 291 da Súmula do Superior Tribunal de Justiça,assevera que:

> "a ação de cobrança de parcelas de complementação de aposentadoria pela previdência privada prescreve em cinco anos."

Além do citado entendimento sumular, é a tônica corrente no Colendo Superior Tribunal de Justiça, esse entendimento, vez que por ser ação decorrente de prestações de trato sucessivo que tem seu vencimento mês a mês, impossível aplicar a prestação quinquenal do início do dever de pagar obrigação. Nesse sentido:

> "PREVIDÊNCIA COMPLEMENTAR. PRESCRIÇÃO. AÇÕES PROPOSTAS POR SEGURADOS E POR EX-SEGURADOS: DISTINÇÃO.
> Se, já não sendo segurado, o autor reclama a restituição do capital investido, a prescrição quinquenal apanha o próprio fundo do direito; **se, ao revés, demanda na condição de segurado, postulando prestações ou diferenças, a prescrição alcança apenas as parcelas vencidas há mais de cinco anos.** Recurso especial conhecido e parcialmente provido." (REsp 431071/RS, Rel. Ministro Ari Pargendler, Segunda Seção, julgado em 13.06.2007, DJ 02.08.2007 p. 326) (grifos nossos)

Tocante ao alegado cerceamento de defesa, sob o argumento de que requereu a elaboração de perícia atuarial e que o juiz a quo entendeu que, por ser matéria de direito, não comportaria produção de prova, igualmente sem razão à apelante.

Como se sabe, o juiz é o principal destinatário da prova, cuja finalidade é formar seu convencimento, vigorando no sistema processual brasileiro o princípio do livre convencimento motivado.

Desta forma, o julgador de origem achando o processo já maduro e pronto para julgamento, deverá, ele, anunciar o julgamento antecipado do feito, reservando para liquidação de sentença os cálculos necessários para satisfação da parte vencedora.

Passando agora ao enfrentamento do mérito recursal, vale afirmar que o contrato de aposentadoria complementar se sujeita às normas consumeristas presentes no CDC, uma vez que as relações jurídicas tratadas entre o segurado/aposentado e a instituição de previdência privada, caracterizam às relações de consumo de um serviço. Nesse sentido é a orientação da Súmula 321 do STJ:

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

Destarte, conforme já relatado, o autor pleiteia a revisão do benefício que recebe do apelado, por entender ser ilegal a aplicação do limite etário previsto no Regulamento do Plano de Benefícios da SISTEL e no Decreto nº 81.240/78, vez que inexiste tal limite na Lei nº 6.435/77, que regulamentava a previdência privada à época da aposentadoria do apelado.

Destaque-se, que a fundamentação do apelado se encontra em consonância com a atual jurisprudência deste E. Tribunal de Justiça, que entende ser impossível opor limitação etária, a qual não prevista em Lei própria, somente por Decreto.

Este Tribunal de Justiça tem fixado entendimento que a não fixação na Lei, mas sim em Decreto, do limite etário, extrapolam a previsão Constitucional estilizada no art. 84, inciso IV, porquanto decreto ou regulamento não pode inovar onde a Lei não fixou tal liberalidade. Nesse sentido:

> "APELAÇÃO CÍVEL. PREVIDENCIÁRIO. PREVIDÊNCIA PRIVADA. COMPLEMENTAÇÃO DA APOSENTADORIA. REDUTOR ETÁRIO. DECRETO Nº 81.240/78 QUE REGULAMENTA A LEI Nº 6.435/77. RESTRIÇÃO DE DIREITO. ILEGALIDADE. SENTENÇA REFORMADA. APELAÇÃO PROVIDA.
> 1. A fundação alegou que o Decreto nº 81.240/78, estabeleceu limitações não contempladas na Lei nº 6.453/77, concedendo a possibilidade de aposentar-se antes do tempo devido, mas percebendo os proventos de forma proporcional;
> 2. Também não subsiste o critério idade mínima apesar de estar previsto já no regulamento da fundação;
> 3. A Lei 6.435/77, diploma regulamentado por tal decreto, não prevê nenhum critério etário;
> 4. Ora, o Decreto 81.240/78, ao exigir idade mínima para concessão pleiteada, extrapolou sua função regulamentadora da Lei nº 6.435/77;
> 5. O autor, ao alcançar as condições necessárias para se aposentar pela previdência oficial, passou a fazer jus à complementação da aposentadoria pleiteada;
> 6. Precedentes desta Corte de Justiça;
> 7.Sentença reformada;
> 8. Apelo conhecido e provido." (Apelação Cível Nº 11176-

> 24.2006.8.06.0001/1, Rel. Des. Francisco Lincoln Araújo e Silva, Quarta Câmara Cível, julgado em 20.01.2010, DJ 04.02.2010.)
>
> "PREVIDÊNCIA PRIVADA. APLICAÇÃO DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. COMPLEMENTAÇÃO DE APOSENTADORIA. LIMITE ETÁRIO. ART. 31, INCISO IV, DO DECRETO N.° 81.240/78. INCOMPATIBILIDADE COM O ATUAL ORDENAMENTO JURÍDICO E O REGIME ANTERIOR. VIOLAÇÃO AO ART. 84, INCISO IV, DA CF/88.
> -É aplicável o CDC às relações de previdência privada.
> -É manifestamente ilegal a exigência de estipular idade mínima de 55 (cinquenta e cinco anos) para a concessão de complementação da aposentadoria aos funcionários da COELCE prevista no art. 34, inciso IV, do Decreto n.° 81.240/78, sob pena de se criar obrigação não prevista na Lei n.° 6.435/77, extrapolando, dessa forma, os limites normativos de um decreto conforme o disposto no art. 84, inciso IV, da Carta Política de 1988.
> - Precedentes dos Tribunais Superiores e do TJCE.
> - Apelação conhecida, mas improvida." (Apelação Cível Nº 9847-40.2007.8.06.0001/1, Relator o Desembargador Ademar Mendes Bezerra, Segunda Câmara Cível, julgada em 24.06.2009, DJ 17.07.2009.)

Tocante ao índice de correção a ser aplica na espécie, verifico como o mais correto o determinado na sentença, porquanto é o que melhor reflete a atualização monetária em concordância com o Código de Defesa do Consumidor. Resta inalterada a modificação do índice IPC (FIPE).

Em relação ao pleito de honorários advocatícios, o mesmo não deve prosperar, vez que não há sucumbência ao apelado quando mantida a sentença de 1º grau em todos os seus termos.

Assim, vale mais uma vez afirmar:

> DIREITO PREVIDENCIÁRIO. REVISIONAL. PREVIDÊNCIA PRIVADA. PRELIMINARES DE PRESCRIÇÃO E CERCEAMENTO DE DEFESA AFASTADAS. PRECEDENTES DO STJ. APLICAÇÃO DO CDC. ADMISSIBILIDADE. SUPLEMENTAÇÃO DE APOSENTADORIA. REDUTOR ETÁRIO. AUSÊNCIA DE PREVISÃO EM LEI EM SENTIDO FORMAL. FIXAÇÃO EM DECRETO E REGULAMENTO. IMPOSSIBILIDADE. AUSÊNCIA DE FONTE DE CUSTEIO. INOCORRÊNCIA. INCIDÊNCIA DA LEI Nº 6.435/77. SENTENÇA MANTIDA.

Isso posto, CONHEÇO do recurso de Apelação para lhe NEGAR PROVIMENTO, mantendo incólume a sentença originária, em todos os seus termos e movimento.

Fortaleza, 13 de janeiro de 2012

Apelação Cível nº 1227-76.2000.8.060165/1
Remetente: Juiz de Direito da Comarca de São Luis do Curu
Apelante: Município de São Luis do Curu
Apelados: Élida Maria Veras Pinheiro, Luiza Alves Matos, Maria Aldenir Matos de Sousa, Raimundo Alves de Castro, Nilda Irineu dos Santos Oliveira, Meire Jane Gomes Rodrigues, Maria Júlia Gomes Rodrigues, Terezinha Inácio de Castro Nogueira, Maria Lúcia de Castro Gomes e Leila Márcia de Castro Gomes
Relator: Desembargador Ademar Mendes Bezerra

EMENTA: PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO ORDINÁRIA. SERVIDORES MUNICIPAIS. CONCURSO PÚBLICO. HOMOLOGAÇÃO DO CERTAME E CONSEQUENTES NOMEAÇÕES, POSSES E EXERCÍCIOS FUNCIONAIS. PROXIMIDADE DO TRANSCURSO DO PRAZO BIENAL PARA A ESTABILIDADE NO SERVIÇO PÚBLICO, CONSOANTE A REDAÇÃO PRIMITIVA DO ART. 41 DA CF/1988. EDIÇÃO DE DECRETO MUNICIPAL DECLARANDO NULO O CERTAME PÚBLICO E AS NOMEAÇÕES PARA O EXERCÍCIO DOS RESPECTIVOS CARGOS. AUSÊNCIA DE PROCESSO ADMINISTRATIVO. OFENSA AO ART. 5º, LV, DA CRFB. REINTEGRAÇÃO AOS CARGOS PÚBLICOS. DETERMINAÇÃO DE PAGAMENTO DOS VENCIMENTOS COMPREENDIDOS ENTRE AS EXONERAÇÕES E AS RESPECTIVAS REINTEGRAÇÕES AOS CARGOS PÚBLICOS, COM OBSERVÂNCIA À PARIDADE COM O SALÁRIO MÍNIMO NACIONAL. INTELIGÊNCIA DOS ARTS. 7º, IV E 39, §3º, DA CARTA CIDADÃ. APLICAÇÃO CONSORCIADA DAS SÚMULAS VINCULANTES 4 E 16 DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. PRECEDENTES DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO CEARÁ.
I – A apelação interposta pelo Município de São Luís do Curu mostra-se intempestiva, pois a juntada aos autos do aviso de recebimento da carta de intimação da sentença de primeiro grau ocorreu em 26/08/2004, enquanto o recurso voluntário foi interposto em 28/09/2004, considerando-se, ainda, a prorrogação do dies *ad quem*, que recaiu em dia não útil.
II - A exoneração de servidor publico estável ou em es-

tágio probatório depende da observância do princípio do devido processo legal, assim como da efetiva oportunização ao exercício do contraditório, da ampla defesa e da recorribilidade (art. 5º, LV, da CF/1988). III – Conquanto seja possível a anulação de atos administrativos sob o viés da ofensa à lei e à constituição, nos termos da Súmula nº 473 do Supremo Tribunal Federal, a administração pública não pode mitigar a necessidade de oferecer ao servidor público a garantia fundamental do *due process of law* de forma efetiva e não somente potencial. IV – No caso em análise, o Chefe do Executivo municipal editou decreto declarando nulo o concurso público e as consequentes nomeações para o exercício de cargos municipais, sem, contudo, encontrar-se amparado em prévio processo administrativo no qual se exercitasse a garantia fundamental ao devido processo legal. V - O administrador público deve pautar os seus atos de gestão com obediência às normas legais e aos princípios e regras constitucionais, deles não podendo se afastar sob pena de violação direta ao caput do art. 37 da Constituição Cidadã. VI – Hígida a determinação de reintegração dos autores aos cargos públicos que exerciam por força de prévia aprovação em concurso público, assim como o pagamento dos seus vencimentos desde a data das exonerações até o restabelecimento do *status quo ante*. VII – Equivalência entre os vencimentos dos autores e o salário mínimo nacional. Aplicação consorciada dos arts. 7, IV, e 39, §3º da Constituição da República e das Súmulas Vinculantes nº 4 e 16 do Supremo Tribunal Federal. A jurisprudência desta Corte de Justiça consolidou-se no sentido de que após a vigência da Súmula vinculante nº 16 do STF, foram superadas as hesitações direcionadas à aplicação da garantia de pagamento da remuneração total nunca inferior ao salário mínimo a todos os servidores públicos civis, independentemente da carga horária cumprida. VIII – O art. 10 da Lei estadual nº 12.381/1994 isenta os Municípios do Estado do Ceará do pagamento de custas processuais, sendo necessária a reforma pontual do decreto sentencial, no seio do recurso obrigatório, para excluir a nomeada obrigação, mantendo-se, contudo, o arbitramento dos honorários advocatícios sucumbenciais em dois mil re-

ais, com fundamento no art. 20, §§ 3º e 4º, da Lei Adjetiva Civil, quantia consuetudinariamente considerada como razoável em hipóteses semelhantes por este órgão jurisdicional. Apelação cível não conhecida. Remessa *ex officio* conhecida e provida em parte, confirmando-se as demais disposições constantes da sentença.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de remessa necessária e de apelação cível nº 1227-76.2000.8.060165/1, em que figuram as partes acima indicadas, acordam os Desembargadores integrantes da Segunda Câmara Cível do egrégio Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, à unanimidade, não conhecer da apelação cível em face da sua intempestividade, conhecendo, outrossim, da remessa obrigatória e provê-la parcialmente apenas para excluir da condenação a obrigação à satisfação das custas processuais pelo Município réu, na conformidade do voto do relator.

Fortaleza, 12 de janeiro de 2011.

RELATÓRIO

Élida Maria Veras Pinheiro, Luiza Alves Matos, Maria Aldenir Matos de Sousa, Raimundo Alves de Castro, Nilda Irineu dos Santos Oliveira, Meire Jane Gomes Rodrigues, Maria Júlia Gomes Rodrigues, Terezinha Inácio de Castro Nogueira, Maria Lúcia de Castro Gomes e Leila Márcia de Castro Gomes ajuizaram ação ordinária contra o Município São Luís do Curu objetivando a declaração e a constituição da ilegalidade do ato administrativo que culminou com as suas exonerações dos cargos públicos municipais.

Alegam os autores que foram aprovados mediante concurso público para exercerem diversos cargos, mas que, transmitida a gestão municipal para novo Prefeito, foi editado o Decreto nº 29, de 29/02/2001 (fls. 16/18), anulando o concurso público e, por via de consequência, os atos de nomeação, posse e exercício dos promoventes.

Os demandantes aduzem que não lhes foram asseguradas a observância do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa, postulando a concessão da antecipação da tutela jurisdicional para o fim de tornar nulo o ato administrativo combatido, determinando suas reintegrações aos cargos públicos, o pagamento dos vencimentos vencidos e os vincendos. No mérito requestam a procedência dos pedidos formulados na peça inicial.

Acostaram as reproduções documentais de fls. 22 usque 136.

Contestação às fls. 142/150 acompanhada dos documentos de fls. 151/153.

Decisão concessiva, em parte, da antecipação dos efeitos da tutela jurisdicional para o fim de determinar a reintegração dos autores aos cargos por eles ocupados (fls. 154/159).

O réu excepcionou o juízo, sustentando que a competência para processar e julgar o feito é da Justiça do Trabalho (fls. 160/164), motivando a suspensão do curso processual (fl. 168).

Os exceptos ofereceram resposta (fls. 169/203), acostando documentação (fls. 204/209).

Parecer ministerial às fls. 211/214 opinando pela improcedência da exceção de incompetência.

Deslindando o incidente, o reitor do feito julgou improcedente a exceptio (fls. 216/219).

O Município réu opôs embargos de declaração (fls. 221/224), decididos por meio da sentença integratória de fls. 234/236.

Inconformado, o promovido interpôs apelação cível (fls. 237/247), recurso que não foi recebido por se tratar, o ato judicial recorrido, de decisão interlocutória (fls. 261/262).

O réu comunicou o aforamento de agravo de instrumento, juntando cópia via fax (fls. 264/277) e por original (fls. 278/291).

Expediente relatorial requisitando informações e encaminhando cópia da peça recursal (fls. 292/306), devidamente respondido por meio do ofício de fls. 307/311.

Sentença meritória às fls. 311/316, julgando procedentes os pedidos constantes da vestibular para: tornar definitiva a decisão que reintegrou as requerentes; declarar nulo o Decreto municipal nº 29/2001; determinar o pagamento dos salários das autoras no período compreendido entre as exonerações e os retornos ao trabalho; arbitrou os honorários advocatícios sucumbenciais em dois mil reais, condenando o Município de São Luís do Curu ao respectivo pagamento. Houve recurso oficial.

Recurso apelatório às fls. 318/327, postulando a reforma da decisão meritória, por considerar nulo o concurso público, cabendo à Administração Pública reconhecer a nulidade dos atos administrativos eivados de nulidade, como permite o excerto sumular nº 473 do STF. Suscitou, ainda, preliminar de incompetência absoluta do Juízo sentenciante.

Contrarrazões acostadas às fls. 329/332 defendendo a manutenção do decreto sentencial, considerando que o ato administrativo impetrado não obedeceu à garantia constitucional presente no art. 5º, LV, da Constituição Federal.

O representante do Ministério Público opôs embargos declaratórios (fls. 333/335), sentenciados por meio da peça de fls. 338/339.

O Município de São Luís do Curu propôs novo recurso apelativo (fls. 343/353) impugnando o tema decidido na sentença integrativa e que concerne à vinculação dos vencimentos dos autores ao salário mínimo.

Os apelados não apresentaram novo contra-apelo (fl. 357-verso).

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

Parecer da douta Procuradoria Geral de Justiça opinando pelo conhecimento dos recursos voluntário e oficial, porém, pelo improvimento das espécies recursais e pela confirmação da sentença (fls. 370/380).

É o relatório.

VOTO

Inicialmente, cumpre verificar se o recurso voluntário atende aos requisitos de admissibilidade, haja vista que a remessa necessária foi suscitada por força do art. 475, I, do CPC.

Quanto à tempestividade da apelação cível, constata-se que o aviso de recebimento relativo à carta de intimação da sentença, direcionada aos advogados do Município de São Luís do Curu, foi juntado aos autos em 26/08/2004, enquanto o recurso apelativo foi interposto em 28/09/2004.

É o que demonstra a análise dos documentos de fls. 316-verso (juntada do AR), 317 (aviso de recebimento) e 318-verso.

O início do prazo recursal ocorreu em 26/08/2004 (quinta-feira) e, considerando a contagem em duplicidade do interregno a que tem direito o Município réu, tem-se que o dies ad quem findou em 25/09/2004 (sábado), restando prorrogado até a segunda- feira, dia 27/09/2004.

Interposto o apelo em 28/09/2004, conclui-se que não atende ao requisito de admissibilidade atinente à tempestividade do apelo, motivo pelo qual dele não conheço.

Em sede de reexame obrigatório, verifica-se que dois são os temas devolvidos à apreciação desta Corte de Justiça: o primeiro diz respeito à anulação do concurso público e dos demais atos administrativos que o seguiram, tais como as nomeações, posses, e exercícios funcionais dos recorridos no serviço público; o segundo trata da vinculação dos vencimentos dos apelados ao salário mínimo.

Analisando a temática relativa à ausência de observância do devido processo legal, da ampla defesa e do contraditório quando da edição Decreto municipal nº 29/2001 e que anulou o concurso público a que se submeteram os autores, tornando sem efeitos os atos administrativos resultantes do certame público, inclusive suas as nomeações, posses e exercícios nos cargos públicos.

O Decreto municipal nº 29/2001 culminou com a exoneração das servidoras públicas promoventes dos seus cargos, conquistados por meio de concurso público, nos quais estavam em efetivo exercício há mais de um ano.

Na espécie, o Município réu defende que a nulidade do concurso público e dos atos dele decorrentes atendia ao comando expresso na Súmula nº 473 do Pretório Excelso.

A Constituição Federal, por sua vez, elenca, no caput do seu art. 37, que a administração pública deve observar, dentre outros, ao princípio da legalidade, da

moralidade, da impessoalidade, da publicidade e da eficiência.

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

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

> Anulação é a declaração de invalidação de um ato administrativo ilegítimo ou ilegal, feita pela própria Administração ou pelo Poder Judiciário. Baseia-se, portanto, em razões de legitimidade ou legalidade, diversamente da revogação, que se funda em motivos de conveniência ou de oportunidade e, por isso mesmo, é privativa da Administração.
> Desde que a Administração reconheça que praticou um ato contrário ao direito vigente, cumpre-lhe anulá-lo, e quanto antes, para restabelecer a legalidade administrativa. Se o não fizer, poderá o interessado pedir ao Judiciário que verifique a ilegalidade do ato e declare sua invalidade, através da anulação. Mas, como já decidiu o STF: "irregularidades formais, sanadas por outro meio, ou irrelevantes por sua natureza, não anulam o ato que já criou direito subjetivo para terceiro".

Entendimento que se encontra cristalizado na Súmula nº 473/STF.

In casu, o apelante publicou edital de concurso público para o provimento de cargos na administração pública municipal, realizou o certame, homologou e publicou o seu resultado no Diário Oficial do Estado do Ceará.

Em seguida, nomeou os candidatos, conferiu-lhes posse e exercício nos respectivos cargos públicos, conforme termos de fls. 24, 30/31, 40, 47, 52, 58, 66, 69, 74 e 79.

Mas, passado um ano e cinco meses das nomeações, quando já se poderia cogitar na estabilidade bienal nos cargos públicos, conforme redação primitiva do art. 41 da CRFB, o Prefeito Municipal firmou o Decreto nº 29/2001, datado de 05/02/2001, anulando o concurso público, assim como os atos administrativos deles decorrentes, especialmente as nomeações para os respectivos cargos.

E, mesmo que o promovido defenda que o objetivo do ato administrativo teve o escopo de defender a moralidade pública e os princípios constitucionais da legalidade, impessoalidade, moralidade e do concurso público, o que se conclui, pelo exame dos documentos coligidos aos fólios é que a Chefe do Executivo Municipal decidiu sumariamente pela anulação do certame e, via de consequência, das nomeações para os cargos públicos, sem observar as formalidades e as garantias constitucionais dos servidores.

A notória violação aos princípios do devido processo legal, do contraditório, da ampla defesa e da recorribilidade, insculpidos no inciso LV do artigo 5º da Carta

Constitucional, importa em nulidade do ato administrativo, pois a autoridade pública olvidou da obediência às garantias fundamentais erigidas no mencionado dispositivo da Carta Magna.

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

Tanto que as Súmulas 20 e 21 do Supremo Tribunal Federal assim dispõem, *verbis*:

> Súmula nº 20. É necessário processo administrativo com ampla defesa, para demissão de funcionário admitido por concurso.
>
> Súmula nº 21. Funcionário em estágio probatório não pode ser exonerado nem demitido sem inquérito ou sem as formalidades legais de apuração de sua capacidade.

Para tanto, apresenta-se nulo, sob o ponto de vista processual e, por via direta, sob o viés constitucional do *due process of law*, do contraditório e da ampla defesa dos autores, a edição de decreto municipal anulando o concurso público a que se submeteram e as consequentes nomeações para o exercício de cargos públicos sem que, preteritamente, fosse instaurado processo administrativo, concedendo-os o legítimo direito ao contraditório, à ampla defesa e à recorribilidade no âmbito administrativo.

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

> Por garantia de defesa deve-se entender não só a observância do rito adequado como a cientificação do processo ao interessado, a oportunidade para contestar a acusação, produzir prova de seu direito, acompanhar atos da instrução e utilizar-se dos recursos cabíveis. A cientificação deve ser pessoal, sendo admitida a feita mediante publicação oficial (Diário Oficial) nas hipóteses em que a parte interessada estiver em lugar incerto e não sabido (art. 26, § 4º, da Lei 9.784/99), sob pena de lesão ao contraditório e à ampla defesa.
> (...)
> Processo administrativo sem oportunidade de defesa ou com defesa cerceada é nulo, conforme têm decidido reiteradamente nossos Tribunais judiciais, confirmando a aplicabilidade do princípio constitucional do devido processo legal, ou, mais especificadamente, da garantia de defesa.

A jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará reprime a inobservância, pela administração pública, do devido processo legal em casos que

podem levar à ruptura do vínculo entre o servidor público e a administração, consoante precedentes a seguir colacionados, *litteris*:

> EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL E RECURSO OFICIAL - AÇÃO ORDINÁRIA - JULGAMENTO ANTECIPADO DA LIDE - INEXISTÊNCIA DE CERCEAMENTO DE DEFESA - JULGAMENTO *EXTRA PETITA* - ANULAÇÃO PARCIAL - SERVIDORES PÚBLICOS MUNICIPAIS - EXONERAÇÃO - INEXISTÊNCIA DE PROCESSO ADMINISTRATIVO OU JUDICIAL - CONSEQÜENTE AUSÊNCIA DE CONTRADITÓRIO, AMPLA DEFESA E DEVIDO PROCESSO LEGAL - NECESSIDADE DE REINTEGRAÇÃO - RECURSOS CONHECIDOS E PARCIALMENTE PROVIDOS.
> I- Conquanto seja prática cotidiana o anúncio do julgamento antecipado da lide, a Lei Adjetiva Civil não traz qualquer determinação nesse sentido. Ao contrário, confere-se ao magistrado o poder-dever de proferir desde logo sentença, caso observe que a questão é unicamente de direito ou, sendo de direito e de fato, não necessita de produção de prova em audiência, já que o acervo documental acostado aos autos possui suficiente força probante para nortear e instruir seu entendimento.
> II- Tendo a sentença hostilizada concedido aos autores provimento diverso do que efetivamente pedido pelos mesmos na exordial, trata-se decisão extra petita, devendo assim ser anulada neste tocante, eis que em desconformidade com os artigos 128 e 460 do CPC.
> III- Consoante art. 41 do Texto Constitucional, deveria ter sido instaurado processo administrativo ou judicial em que fosse oportunizado aos recorridos o exercício da ampla defesa (CF/1988, art. 5º, inc. LV).
> IV- Tanto nos processos judiciais como nos administrativos faz-se imprescindível a oportunização de ampla defesa aos acusados (CF/1988, art. 5º, inc. LV), sob pena de mácula a todo o procedimento administrativo.
> V- Imperiosa é a necessidade de se assegurar plenamente o direito fundamental do servidor à ampla e irrestrita defesa, ainda quando não adquirida a estabilidade, sob pena de nulidade do ato administrativo.
> VI- Recursos conhecidos e parcialmente providos. (Apelação Cível nº 2000.0168. 9178-4/1, Relatora Desa. Gizela Nunes da Costa, Segunda Câmara Cível, DJ 30/01/2008)

> Ementa: CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. APELAÇÃO CÍVEL. REEXAME NECESSÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA. SERVIDORES PÚBLICOS MUNICIPAIS APROVADOS EM CONCURSO PÚBLICO REGULARMENTE NOMEADOS E EMPOSSADOS A MAIS DE 03 (TRÊS) ANOS. EXONERAÇÃO. DESPACHO DO PREFEITO. INOBSERVÂNCIA DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DO CONTRADITÓRIO E DA AMPLA DEFESA. IMPOSSIBILIDADE. PRECEDENTES DO STF, STJ E DESTE TRIBUNAL. REINTEGRAÇÃO. DIREITO AS VANTAGENS INERENTES AO CARGO DURANTE O PERÍODO DE AFASTAMENTO. APELO E REEXAME CONHECIDOS E DESPROVIDOS. SENTENÇA MANTIDA. 1. O servidor aprovado em concurso público e em efetivo exercício de suas funções, ainda que não estável, não pode ser exonerado

sem a observância das garantias constitucionais do contraditório e da ampla defesa apurados em procedimento administrativo. (Inteligência do art. 5º, inciso LV, da CF/88 e Súmula 20 do STF). Precedentes do STF, STJ e desta Corte de Justiça.
2. No caso, ainda que a Administração Municipal tenha verificado a existência de ilegalidade nos atos de posse dos recorridos, não poderia por simples despacho do Prefeito Municipal anulá-los, dispensando o devido processo legal, considerando que os servidores foram devidamente nomeados e empossados em seus cargos há mais de 03 (três) anos.
3. Reintegrado ao cargo, pelo reconhecimento da nulidade do ato que o afastou do serviço público, tem o servidor público direito ao recebimento das vantagens inerentes, durante o período de seu afastamento. Precedentes do STJ.
4. Apelo e reexame conhecidos e não providos. Sentença mantida. (Apelação Cível nº 2006.0002.4643-3/1, Relator Des. Antônio Abelardo Benevides Moraes, Terceira Câmara Cível, DJ 13/05/2008)

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

EMENTA: CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. EXONERAÇÃO DE SERVIDOR PÚBLICO. CONTRADITÓRIO E AMPLA DEFESA.
I. - Servidor público, ainda que não goze de estabilidade excepcional, não pode ser exonerado do cargo sem a observância do devido processo legal.
II. - Agravo não provido. (RE 409997 AgR, Relator Min. CARLOS VELLOSO, Segunda Turma, DJ 16-12-2005 PP-00107 EMENT VOL-02218-05 PP-01027)

PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. RECURSO ESPECIAL. SERVIDOR PÚBLICO MUNICIPAL. ILEGITIMIDADE PASSIVA *AD CAUSAM*. AUSÊNCIA DE INDICAÇÃO DO DISPOSITIVO INFRACONSTITUCIONAL VIOLADO. DEFICIÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO. SÚMULA 284/STF. OFENSA AO ART. 535, II, DO CPC. INEXISTÊNCIA. CONCURSO PÚBLICO. ANULAÇÃO. EXONERAÇÃO SEM O DEVIDO PROCESSO LEGAL E SEM O CONTRADITÓRIO. IMPOSSIBILIDADE. PRECEDENTES. DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL NÃO COMPROVADO. RECURSO ESPECIAL CONHECIDO E IMPROVIDO.
1. É inviável o conhecimento do recurso especial quanto à alegação de ilegitimidade passiva ad causam, tendo em vista que o recorrente deixou de apontar qual o dispositivo legal teria sido afrontado no aresto impugnado, o que implica deficiência de fundamentação. Incidência da Súmula 284/STF.
2. Ainda que vencida fosse tal deficiência, tratando-se de mandado de segurança no qual se ataca ato normativo de efeito concreto, a parte passiva legítima é a autoridade a quem compete a aplicação concreta da norma. Hipótese em que o ato contra o qual se insurgiu o impetrante foi praticado pelo Prefeito Municipal, razão porque não haveria falar em sua ilegitimidade.
3. Conforme previsto no art. 535 do CPC, os embargos de declaração

> têm como objetivo sanar eventual obscuridade, contradição ou omissão existentes na decisão recorrida. Não há omissão quando o Tribunal de origem pronuncia-se, como na hipótese, de forma clara e precisa sobre a questão posta nos autos, assentando-se em fundamentos suficientes para embasar a decisão.
> 4. Os servidores públicos concursados, nomeados e empossados não podem ser exonerados em virtude de anulação de concurso público sem que lhes seja assegurada a observância dos princípios constitucionais da ampla defesa e do contraditório. Precedentes.
> 5. "Não se conhece do recurso especial pela divergência, quando a orientação do tribunal se firmou no mesmo sentido da decisão recorrida" (Súmula 83/STJ).
> 6. Recurso especial conhecido e improvido. (REsp 697.917/AL, Rel. Min. ARNALDO ESTEVES LIMA, QUINTA TURMA, DJ 28/05/2007 p. 392)
>
> RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. ADMINISTRATIVO. EXONERAÇÃO DE SERVIDORES CONCURSADOS. ESTÁGIO PROBATÓRIO. DEVIDO PROCESSO LEGAL. AMPLA DEFESA.
> 1. Os servidores públicos concursados, nomeados e empossados, que estejam em estágio probatório, gozam dos direitos constitucionais do devido processo legal e da ampla defesa quando em processo de demissão ou exoneração.
> 2. Precedentes do Superior Tribunal de Justiça.
> 3. Recurso provido. (RMS 9.408/SE, Rel. Ministro HAMILTON CARVALHIDO, SEXTA TURMA, DJ 18/12/2000 p. 238)

Devida, portanto, a reintegração dos autores aos seus respectivos cargos públicos, conquistados por meio de seleção pública, assim como o pagamento dos vencimentos no período compreendido entre as exonerações e o retorno dos apelados ao trabalho.

Quanto à determinação judicial de que os vencimentos dos autores guardem equivalência com o valor do salário mínimo nacional, verifica-se que a sentença integrativa de fls. 338/339 teve como fundamento a garantia constitucional contida nos arts. 7º, IV, e 39, §3º, da CF/1988.

A diretriz emanada do Supremo Tribunal Federal encontra-se ditada por meio da interpretação consorciada das Súmulas Vinculantes de número 4 e 16, que possuem a seguinte dicção:

> Súmula Vinculante nº 4:
> Salvo nos casos previstos na Constituição, o salário mínimo não pode ser usado como indexador de base de cálculo de vantagem de servidor público ou de empregado, nem ser substituído por decisão judicial. (Fonte de Publicação: DJe nº 83, p. 1, em 9/5/2008. DOU de 9/5/2008, p. 1)
>
> Súmula Vinculante nº 16:
> Os artigos 7º, IV, e 39, § 3º (redação da EC 19/98), da Constituição,

referem-se ao total da remuneração percebida pelo servidor público. (Fonte de Publicação: DJe nº 121, p. 1, em 1º/7/2009. DOU de 1º/7/2009, p. 1)

No mesmo trilho é o entendimento de diversos órgãos jurisdicionais do Tribunal de Justiça alencarino:

Ementa: PROCESSO CIVIL. APELAÇÃO CÍVEL E REMESSA NECESSÁRIA EM SEDE DE MANDADO DE SEGURANÇA. AUSÊNCIA DE CAPACIDADE POSTULATÓRIA. APELAÇÃO NÃO CONHECIDA. REMESSA OFICIAL. CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. SERVIDOR PÚBLICO. REMUNERAÇÃO INFERIOR AO SALÁRIO MÍNIMO PREVISTO NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988.
I. Constatada a renúncia dos advogados subscritores do recurso apelatório manejado, determinou-se a intimação da parte para que procedesse à regularização da mencionada deficiência, sendo que, apesar de devidamente cientificada, a mesma deixou transcorrer *in albis* o prazo legal. Dessa forma, convalidando o vício apontado, ante a ausência de capacidade postulatória por parte da apelante, impõe-se o não conhecimento do recurso voluntário. Precedentes desta Corte julgadora.
II. Diante do comando normativo inserido no inciso IV, do artigo 7º c/c §3º do artigo 39 da Carta Magna de 1988, entende-se que o constituinte assegurou aos servidores públicos o salário mínimo nacionalmente fixado. Por conseguinte, inexistindo qualquer preceptivo legal ou constitucional que permita a proporcionalidade entre a remuneração mínima e o número de horas trabalhadas e, tampouco, qualquer prova nos autos de que a servidora apelada exercia uma carga horária reduzida, ônus que competia à municipalidade (art. 333, II, CPC), não merece reproche o decisum monocrático.
III. Tendo sido demonstrado pela servidora, através da documentação carreada à exordial, que foi aprovada em concurso e que o total de seus vencimentos não alcança o patamar mínimo estabelecido na Lei nº 10.699/03, ficou caracterizada a ofensa aos princípios da dignidade da pessoa humana e da legalidade, apresentando, portanto, correto o posicionamento adotado pelo magistrado a quo.
IV. RECURSO VOLUNTÁRIO NÃO CONHECIDO. REMESSA CONHECIDA E IMPROVIDA. (Apelação cível 278-52.2000.8.06.0165-1, Rel. Desembargador Francisco Sales Neto, Primeira Câmara Cível, julgado em 14/10/2009)

Ementa: APELAÇÃO CÍVEL E REMESSA NECESSÁRIA EM SEDE DE MANDADO DE SEGURANÇA - CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO – AUSÊNCIA DE CAPACIDADE POSTULATÓRIA – APELAÇÃO NÃO CONHECIDA - REMESSA OFICIAL - SERVIDOR PÚBLICO - REMUNERAÇÃO INFERIOR AO SALÁRIO MÍNIMO PREVISTO NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988 - IMPOSSIBILIDADE. - RECURSO IMPROVIDO.
1. O presente recurso apelatório não deve prosseguir, em virtude da ausência da capacidade postulatória, isso porque se constatou a renúncia dos

advogados subscritores do recurso interposto. Dessa forma, determinou-se a intimação da parte para que procedesse à regularização da mencionada deficiência na formação do recurso, o que, contudo, não foi efetivado, levando, portanto, ao não conhecimento do recurso.
2. Analisando o reexame necessário, é certo que a Constituição da República de 1988 considera o salário mínimo parcela remuneratória destinada a atender às necessidades vitais básicas do trabalhador e de sua família, sendo razoável entender que não é cabível remunerar qualquer trabalhador com montante inferior àquele, sob pena de comprometer seu sustento básico e o de sua família. Assim, diante da norma contida no inciso IV, art. 7º, em conjunto com o §3º do artigo 39 da Carta Magna, dúvidas inexistem de que o servidor público não poderá ser remunerado em valor inferior ao estipulado a título de salário mínimo, confirmando a sentença monocrática.
3. Apelação não conhecida. Remessa oficial conhecida e improvida.
4. Decisão unânime. (Apelação cível 381-59.2000.8.06.0165-1, Rel. Desembargador Francisco Sales Neto, Primeira Câmara Cível, julgado em 14/10/2009)

Ementa: DIREITO CONTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. REEXAME NECESSÁRIO E APELAÇÃO CÍVEL EM AÇÃO ORDINÁRIA. SERVIDOR PÚBLICO MUNICIPAL. REMUNERAÇÃO. SALÁRIO INFERIOR AO MÍNIMO. PROPORCIONALIDADE À JORNADA DE TRABALHO. IMPOSSIBILIDADE. OFENSA AO ART. 7º, IV, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. SENTENÇA MANTIDA.
1. O art. 7º, IV, da CF/88, destaca ser direito do trabalhador urbano ou rural a percepção do salário mínimo fixado nacionalmente, aplicável a todos os servidores das três esferas de governo (art. 39, §3º, CF/88), de modo que tal remuneração garanta a satisfação das necessidades vitais básicas do trabalhador e de sua família, resguardando-lhes a dignidade humana.
2. Não há respaldo legal, nem tampouco constitucional, que permita a proporcionalidade da remuneração mínima ao número de horas trabalhadas, sobretudo porque o salário mínimo independe da carga horária de trabalho cumprida pelo servidor.
3. Igualmente, o §1º do artigo 154 da Constituição do Estado do Ceará dispõe que, "nenhum servidor poderá receber contraprestação inferior ao salário mínimo."
4. Remessa e apelação conhecidas. Apelo improvido, sentença mantida. (Apelação cível 381-59.2000.8.06.0165-1, Rel. Desembargadora Vera Lúcia Correia Lima, Quarta Câmara Cível, julgado em 02/09/2009)

Ementa: REEXAME OBRIGATÓRIO - APELAÇÃO CÍVEL - REMUNERAÇÃO DO SERVIDOR INFERIOR AO SALÁRIO MÍNIMO ESTABELECIDO - ALEGADA PROPORCIONALIDADE À JORNADA DE TRABALHO - OFENSA AO ART. 7, IV, DA CONSTITUIÇAO FEDERAL - APELAÇAO E REEXAME OBRIGATÓRIO CONHECIDOS, MAS IMPROVIDOS - SENTENÇA MANTIDA:
I - A CF/88 em seu artigo 7º, IV, destaca ser direito do trabalhador urbano ou rural a percepção do salário mínimo fixado nacionalmente, de modo que tal remuneração garanta a satisfação das necessidades vitais básicas do trabalhador e de sua família, resguardando-lhes a dignidade humana.

II - Não há preceptivo legal, nem tampouco constitucional, que permita a proporcionalidade da remuneração mínima com base no número de horas trabalhadas, sendo certo que o valor do salário mínimo independe da carga horária cumprida pelo trabalhador.
III - Igualmente, o artigo 117 da CLT dispõe serem nulas as cláusulas contratuais que determinem remuneração abaixo do salário mínimo fixado.
IV - Apelação e remessa conhecidas, porém improvidas. (Apelação cível 588-58.2000.8.06.0165-1, Rel. Desembargador Jucid Peixoto do Amaral, Sexta Câmara Cível, julgado em 10/03/2010)

Ementa: REEXAME OBRIGATÓRIO - APELAÇÃO CÍVEL - REMUNERAÇÃO DO SERVIDOR INFERIOR AO SALÁRIO MÍNIMO ESTABELECIDO - PRESSUPOSTOS ESPECÍFICOS DO MANDADO DE SEGURANÇA - AUSÊNCIA NÃO CONFIGURADA - CONCESSÃO DE MEDIDA LIMINAR EM MANDADO DE SEGURANÇA - POSSIBILIDADE - PRELIMINAR REJEITADA - ALEGADA PROPORCIONALIDADE À JORNADA DE TRABALHO - OFENSA AO ART. 7º, IV, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL - APELAÇÃO E REEXAME OBRIGATÓRIO IMPROVIDOS - SENTENÇA MANTIDA:
I - O que se verifica na espécie é que o procedimento de pagamento utilizado não está em conformidade com as disposições constitucionais vigentes, havendo, pois, ilegalidade a ser sanada.
II - A norma jurídica restritiva de liminar não pode ter uma aplicação indiscriminada, sob pena de causar em determinados casos uma injustiça tal capaz de menosprezar todo o Estado de Direito e violar a própria Constituição Federal.
III - O art. 7º, IV, da CF/88, destaca ser direito do trabalhador urbano ou rural a percepção do salário mínimo fixado nacionalmente, de modo que tal remuneração garanta a satisfação das necessidades vitais básicas do trabalhador e de sua família, resguardando-lhes a dignidade humana.
IV - Não há preceptivo legal, nem tampouco constitucional, que permita a proporcionalidade da remuneração mínima ao número de horas trabalhadas, sobretudo porque o salário mínimo independe da carga horária de trabalho cumprida pelo trabalhador.
V - Igualmente, o artigo 117 da CLT dispõe serem nulas as cláusulas contratuais que determinem remuneração abaixo do salário mínimo fixado.
VI - Apelação e remessa conhecidas, porém improvidas.
VII - Nemine discrepante. (Apelação cível 514-04.2000.8.06.0165-1, Rel. Desembargadora Maria Nailde Pinheiro Nogueira, Segunda Câmara Cível, julgado em 13/10/2009)

Ementa: CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. REEXAME NECESSÁRIO. AÇÃO ORDINÁRIA. SERVIDOR PÚBLICO MUNICIPAL. REMUNERAÇÃO INFERIOR AO SALÁRIO MÍNIMO PREVISTO NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988. IMPOSSIBILIDADE. SENTENÇA MANTIDA.
1. Sendo o salário mínimo um direito social assegurado pela Constituição Federal, de incidência imediata, deve ser acolhida a pretensão autoral, garantindo a aplicação da ordem jurídica constituída.
2. A garantia do salário mínimo é aplicável a todos os servidores das três

> esferas de governo, sob pena de afrontar os dispositivos constitucionais que tratam da matéria, especialmente os arts. 7º, IV, c/c 39, § 3º, da CF/88.
> 3. Reexame necessário conhecido e não provido. (Reexame Necessário 224-07.2006.8.06.0091-1, Rel. Desembargador Antônio Abelardo Benevides Moraes, Terceira Câmara Cível, julgado em 09/03/2009)
>
> Ementa: CONSTITUCIONAL. APELAÇÃO CÍVEL E REEXAME NECESSÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA. GARANTIA DO SALÁRIO MÍNIMO. CARGA HORÁRIA. IRRELEVÂNCIA. STF, SÚMULA VINCULANTE 16.
> 1. Com a publicação da Súmula vinculante nº 16, STF, resta superada a dúvida quanto à aplicação da garantia de pagamento da remuneração total nunca inferior ao salário mínimo a todos os servidores públicos civis, independentemente da carga horária cumprida.
> 2. Apelo e reexame necessário desprovidos. (Apelação cível 514-04.2000.8.06.0165-1, Rel. Desembargador Fernando Luiz Ximenes Rocha, Primeira Câmara Cível, julgado em 27/07/2009)

Finalmente, a distribuição dos ônus sucumbenciais merece pequeno reparo no que tange à satisfação das custas processuais, pois o Município de São Luís do Curu, ente federativo, é isento por força do art. 10, inc. I, da Lei nº 12.381/1994.

Os honorários advocatícios foram arbitrados pelo critério da equidade, em conformidade com o art. 20, §§ 3º e 4º, do CPC no valor de dois mil reais, quantia esta condizente com o quantum sucumbencial a que este órgão fracionário tem estipulado em casos semelhantes.

Isto posto, em harmonia com o douto pronunciamento da Procuradoria Geral de Justiça, não conheço da apelação cível em face da sua intempestividade, conhecendo, todavia, do reexame necessário para prover-lhe de forma parcial apenas para excluir da condenação a obrigação à satisfação das custas processuais pelo recorrente.

É como voto.

Fortaleza, 12 de janeiro de 2011.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 1620-70.2005.8.06.0053/2
APELANTE: COELCE – COMPANHIA ENERGÉTICA DO CEARÁ
APELADA: ASSOCIAÇÃO DE PROTEÇÃO A SAÚDE, MATERNIDADE E INFÂNCIA DE CAMOCIM.
RELATOR: DES. PAULO FRANCISCO BANHOS PONTE

EMENTA: PROCESSUAL CIVIL. SENTENÇA NULA. SUBORDINAÇÃO DO JULGADOR DE PRIMEIRO GRAU AO JULGAMENTO DA TURMA RECURSAL. ACORDÃO TRANSITADO EM JULGADO EXTINGUINDO O FEITO. IMPOSSIBILIDADE DE NOVO JULGAMENTO. APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA COISA JULGADA. NULIDADE PROCLAMADA. APELAÇÃO CONHECIDA E PROVIDA.

1. Extinta a ação através de Acórdão transitado em julgado, o Juiz do Juizado Especial ficará subordinado ao comando da Turma Recursal revelando-se nula a nova sentença que vai de encontro aos ditames do acordão do colegiado recursal e à coisa julgada.
2. Apelação conhecida e provida.

ACÓRDÃO

Acordam os integrantes da Primeira Câmara Cível, por julgamento de Turma, unanimemente, de acordo com o voto do relator, em conhecer a Apelação de COELCE – COMPANHIA ENERGÉTICA DO CEARÁ, por unanimidade, em conhecer a apelação e dar-lhe provimento, anulando a sentença, nos termos do voto do relator.

Fortaleza, 05 de setembro de 2011.

RELATÓRIO

Cuida-se de recurso de apelação interposto por COELCE – COMPANHIA ENERGÉTICA DO CEARÁ objetivando a anulação da sentença proferida pelo MM. Juiz de Direito da 2ª Vara da comarca de Camocim/CE que julgou procedente o pedido feito pela ASSOCIAÇÃO DE PROTEÇÃO A SAÚDE, MATERNIDADE E INFÂNCIA DE CAMOCIM na ação de Reparação de Danos(Processo nº 2005.0022.3178-8) que ajuizou em desfavor da recorrente.

Alega, o apelado, em sua sucinta exordial de fls 02/03 encaminhado ao Douto Juizado Especial, que após excessiva flutuação da tensão na rede elétrica fornecida pela apelante, ocorreu a queima do aparelho de Raio-X 500MA Marca CRX, causando prejuízo a toda população que dele necessita, devendo, assim, a recorrente ser condenada a ressarcir os danos materiais por esta causados no patamar de R$ 9.500,00.

Após devidamente citado, o apelante apresentou às fls. 16/32 dos autos petição de contestação, requerendo, preliminarmente, a extinção do feito sem julgamento do mérito em face da incompetência do Juizado Especial em julgar ações em que figure no polo ativo pessoas jurídicas. Por fim, requereu no mérito o julgamento improcedente da presente ação, afirmando não ter culpa na danificação do aparelho em litígio.

No dia 24/11/2005 fora realizada audiência de conciliação, restando a mesma infrutífera. Neste sentido, o MM juiz designou audiência de instrução e julgamento para melhor apuração dos fatos.

Em audiência de instrução e julgamento realizada no dia 27/04/2006, foram ouvidas as partes e a testemunha da apelada, conforme termos de fls 50/57.

Finalizada a instrução, as partes apresentaram memoriais às fls. 58/69.

O douto juiz singular proferiu sentença, às fls.88/89 julgando procedente o pleito autoral, por entender, inicialmente, que não procede a preliminar de incompetência do juizado alegada pela apelante, bem como por vislumbrar que a recorrente provocou prejuízos materiais a apelada, devendo esta ser ressarcida. Por fim, condenou o requerido/apelante a pagar R$ 9.550,00(nove mil, quinhentos e cinquenta reais), no entanto deixou de arbitrar ônus sucumbenciais em face do disposto no artigo 55 da Lei nº 9.099/95.

Inconformada, a apelante interpôs recurso inominado às fls. 93/105 direcionado às turmas recursais, sustentando em síntese: a preliminar de incompetência do juizado especial cível para dirimir causas em que constem no polo ativo pessoa jurídica, bem como alegando no mérito que a queima do aparelho de raio-X não foi ocasionado pela má prestação do serviço por parte da apelante, mas sim por alguma fragilidade do aparelho ou má instalação do mesmo.

Intimado para apresentar as contrarrazões, o apelado em tempo hábil apresentou-as às fls 111/112, requerendo a manutenção da sentença do juízo a quo por entender ser justa e consubstanciada na legalidade.

Em acordão de fls. 127/130, os nobre magistrados da Terceira Turma Recursal, resolveram acatar, por maioria de votos, a preliminar do recorrente, e extinguiram a presente ação sem julgamento do mérito em face da incompetência do Juizado Especial Cível, refrisando a impossibilidade de remessa dos autos à justiça comum.

Transitada em julgada supra mencionada decisão, conforme certidão de fls 131V, os autos retornaram ao juízo de origem para baixa, no entanto os mesmos foram redistribuídos ex oficio e encaminhados para 2ª Vara da Comarca de Camocim/CE. Estando lá, o MM juiz *a quo* proferiu nova sentença de fls. 135/139 nos mesmos termos da anteriormente proferida, condenando, assim, a apelante a pagar a quantia a

título de Danos Materiais no valor de R$ 9.550,00(nove mil, quinhentos e cinquenta reais), bem como custas processuais e honorários advocatícios arbitrado em 20% sobre o valor da causa.

Irresignada, a apelante interpôs recurso de apelação às fls. 145/163, sustentando em síntese: a nulidade da sentença de 1º grau, a título de preliminar, em face da decisão da 3ª Turma Recursal ter extinguido o feito, não podendo assim o nobre magistrado *a quo* proferir nova sentença e, por fim, no tocante ao mérito, alegou que a queima do aparelho de raio-X não foi ocasionado pela má prestação do serviço por parte da apelante, mas sim por alguma fragilidade do aparelho ou má instalação do mesmo.

Intimado para apresentar as contrarrazões, o apelado em tempo hábil apresentou-as às fls 167/173, requerendo a manutenção da sentença do juízo *a quo* por entender ser justa e consubstanciada na legalidade, rebateu ainda a preliminar de nulidade da sentença, entendendo que o Juiz de 1º grau ao julgar novamente a ação, apenas colocou em prática os ditames dos princípios da economia processual e da celeridade da justiça.

Parecer do Ministério Público de 2º grau fls.(191/196), opinando pelo conhecimento do presente recurso de apelação, no entanto para negar-lhe provimento.

É o relatório. Ao douto revisor.

Peço data para julgamento.

VOTO

Inicialmente, presentes os pressupostos de admissibilidade recursal, conheço o apelo interposto.

O cerne da questão controvertida consiste, essencialmente, em esclarecer se o MM juiz de 1º grau ao julgar a presente ação, não ultrapassou os limites estabelecidos pela 3ª Turma Recursal, a qual extinguiu o feito sem julgamento do mérito, por entender ser o juizado especial cível incompetente, atacando,assim, de forma direta a coisa julgada.

Examinando os autos, verifico a existência de uma questão de ordem pública já alertada nas razões do apelante. O acordão da 3ª turma Recursal ao entender pela incompetência do Juizado Especial, julgou extinto o processo sem julgamento do mérito, refrisando inclusive a impossibilidade dos autos serem remetidos ao juízo comum. Transcorrido o prazo para recurso e transitada em julgado a referida decisão, não restava outro caminho ao processo, que não fosse o seu arquivamento.

No entanto, equivocadamente o MM juiz de 1º grau deu impulso e*x oficio* a ação, determinando sua redistribuição para justiça comum, sendo os autos redirecionados, coincidentemente, ao mesmo magistrado que, por via de consequência, proferiu novo julgamento de fls 135/139.

Neste tocante, deve-se esclarecer que se a apelada quisesse discutir a plausividade da competência do juizado ou até mesmo a questão da possibilidade de

redistribuição dos autos para justiça comum, deveria ter a mesma feito uso do recurso pertinente no prazo legal, ou até mesmo, diante do trânsito em julgado do acórdão, deveria ter ajuizado a devida ação rescisória com o fim de anular o julgado.

Erro maior, data vênia, foi do magistrado *a quo*, que despachou espontaneamente no feito, dando-lhe novamente seu trâmite regular, ferindo de forma direta diversos dispositivos do Código de Processo Civil, dentre eles, o art. 471, senão vejamos:

> Art. 471. Nenhum juiz decidirá novamente as questões já decididas, relativas à mesma lide, salvo:
> I- Se, tratando-se de relação jurídica continuativa, sobreveio modificação no estado de fato ou de direito; caso em que poderá a parte pedir a revisão do que foi estatuído na sentença;
> II- Nos demais casos prescritos em lei.

Da sua análise, deduz-se que não ocorreu nenhuma circunstância que ensejasse este novo pronunciamento.

Podemos constatar, ainda, o desrespeito aos artigos 463 e 473, do mesmo diploma legal, *in verbis*:

> Art. 463. Publicada a sentença, o juiz só poderá alterá-la:
> I - Para lhe corrigir, de ofício ou a requerimento da parte, inexatidões materiais, ou lhe retificar erros de cálculo;
> II - Por meio de embargos de declaração.
>
> Art. 473 - É defeso à parte discutir, no curso do processo, as questões já decididas, a cujo respeito se operou a preclusão.

Ora, o julgador de primeiro grau se vincula ao Acórdão, não porque esteja certo ou errado, o que, simplesmente, não vem ao caso, mas porque é a manifestação, irrecorrível e obrigatória, do órgão julgador *ad quem*. A autoridade da Turma Recursal assenta na circunstância de que ela, relativamente aos juizes dos Juizados especiais, é superior. Assim, não convém ao Juiz divergir e rebelar-se das decisões advindas de referido colegiado, cabendo-lhe, somente, cumprir o julgado. Caso contrário, eliminar-se-ia a necessidade de recurso, renegando, assim, do ordenamento jurídico pátrio o importante sistema do duplo grau de jurisdição.

A meu aviso, restou claro que o ato realizado pelo MM juiz *a quo* afrontou ao comando contido no acórdão de fls. 127/130 da 3ª Turma Recursal dos Juizados Especiais, qual seja: "...extinguir o processo, sem julgamento de mérito, não havendo remessa dos autos ao juízo competente...". O que restou decidido por aquela Egrégia Corte Recursal, no referido acórdão, é absolutamente eficaz. Assim, fica evidente a ocorrência da coisa julgada formal no caso presente, mesmo porque, supradita decisão já havia transitado em julgado, conforme é visualizado explicitamente na certidão de

fls 131v.

Sobre a coisa julgada, leciona HUMBERTO THEODORO JÚNIOR:

> "Apresenta-se a *res iudicata*, assim, como qualidade da sentença, assumida em determinado momento processual. Não é efeito da sentença, mas a qualidade dela representada pela 'imutabilidade' do julgado e seus efeitos". (Curso de Direito Processual Civil". 36ª ed., Ed. Forense, 2.001, v. I, p. 462).

E mais adiante, continua:

> "Para todo recurso a lei estipula prazo certo e preclusivo, de sorte que, vencido o termo legal, sem manifestação do vencido, ou depois de decididos todos os recursos interpostos, sem possibilidade de novas impugnações, a sentença torna-se definitiva e imutável.
> Enquanto pende o prazo de recurso, ou enquanto o recurso pende de julgamento, a sentença apresenta-se apenas como um ato judicial, ato do magistrado tendente a traduzir a vontade da lei diante do caso concreto.
> A vontade concreta da lei, no entanto, 'somente pode ser única'. Por isso, 'somente pelo esgotamento dos prazos de recursos, excluída a possibilidade de nova formulação, é que a sentença, de simples ato do magistrado, passará a ser reconhecida pela ordem jurídica como a emanação da vontade da lei'". (op. cit., p. 462).

Quando do estudo das diferenças entre a coisa julgada formal e a material, HUMBERTO THEODORO JÚNIOR elucida:

> "A coisa julgada formal decorre simplesmente da imutabilidade da sentença dentro do processo em que foi proferida pela impossibilidade de interposição de recursos, quer porque a lei não mais os admite, quer porque se esgotou o prazo estipulado pela lei sem interposição pelo vencido, quer porque o recorrente tenha desistido do recurso interposto ou ainda tenha renunciado à sua interposição.
> Imutável a decisão, dentro do processo 'esgota-se a função jurisdicional'. O Estado, pelo seu órgão judiciário, 'faz a entrega da prestação jurisdicional a que estava obrigado." (op. cit., p. 463).

LUIZ RODRIGUES WAMBIER, FLÁVIO RENATO CORREIA DE ALMEIDA e EDUARDO TALAMINI, lecionam sobre a coisa julgada formal:

> "Na doutrina aparece a expressão preclusão máxima para designar a coisa julgada formal, e isto significa que a coisa julgada formal se identifica de fato com o fim do processo, tendo lugar quando da decisão já não caiba mais recurso algum (ou porque a parte terá deixado escoar *in albis* os prazos recursais ou porque terá interposto todos os recursos). Torna-se indiscutível a decisão naquele processo em que foi proferida, já que o processo acabou. A indiscutibilidade que nasce com a coisa julgada formal se limita àquele

> processo em que a decisão tenha sido proferida, e nisso se vê uma afinidade com o instituto da coisa julgada formal e a preclusão, já estudada, uma vez que ambas têm seus efeitos adstritos aos processo em que se produzem.
> Fazem coisa julgada formal, portanto, a sentença que extingue o processo por carência de ação, por faltar qualquer dos pressupostos processuais, a sentença em que se homologa transação ou a sentença que acolhe ou rejeita o pedido do autor". ("Curso Avançado de Processo Civil". 3ª ed., Ed. Revista dos Tribunais, 2.000, v. 1, p. 615).

Sobre o tema, extraem-se da obra de Theotônio Negrão e José Roberto F. Gouvêa os seguintes apontamentos:

> "Salvo a hipótese do art. 296-"caput" o juiz não pode reformar a sentença (Lex-JTA 172/205)
> (...)
> Se a reforma ocorreu após trânsito em julgado, a segunda sentença é nula e a primeira prevalece, sem qualquer possibilidade de recurso contra ela (RT 597/167)" (in Código de Processo Civil e legislação processual em vigor, 36 ª ed., Saraiva, 2004, art. 463, nota 5, p. 512).

No tocante a matéria em questão, o Egrégio Tribunal de Justiça do Estado do Ceará vem decidindo da seguinte forma, vejamos:

> PROCESSUAL CIVIL. APELAÇÃO CÍVEL EM EMBARGOS À EXECUÇÃO. REVISÃO DE BENEFÍCIO PREVIDENCIÁRIO, A FIM DE QUE A VIÚVA PROMOVENTE PASSE A PERCEBER A PENSÃO A QUE FAZ JUS NO MESMO VALOR DOS VENCIMENTOS QUE SEU FALECIDO CÔNJUGE PERCEBERIA SE VIVO FOSSE. LEGITIMIDADE PASSIVA DO IPEC, ATUAL ISSEC, PARA FIGURAR NA LIDE QUANDO HOUVER DISCUSSÃO ACERCA DE PRESTAÇÕES PREVIDENCIÁRIAS DECORRENTES DE ÓBITO OCORRIDO ATÉ 30 DE SETEMBRO DE 1999. ARTS. 1º, 2º E 3º, DA LEI COMPLEMENTAR ESTADUAL Nº. 24/2000. PEDIDO, EM SEDE DE EMBARGOS À EXECUÇÃO, PARA QUE SEJAM EXCLUÍDAS DA PENSÃO AS GRATIFICAÇÕES PRO LABOREM FACIENDO E PROPTER LABOREM DO MONTANTE EXECUTADO. IMPOSSIBILIDADE. OFENSA À COISA JULGADA MATERIAL. CF, ART. 5º, XXXVI. LICC, ART. 6º. PRECLUSÃO DA MATÉRIA ADUZIDA. CPC, ART. 473. EMBARGOS EXECUTÓRIOS REJEITADOS. SENTENÇA CONFIRMADA. (….)3.De acordo com o art. 467, do Estatuto Processual Civil, "denomina-se coisa julgada material a eficácia que torna imutável e indiscutível a sentença não mais sujeita a recurso ordinário ou extraordinário". 4.Transitada em julgado sentença de mérito proferida nos autos de ação ordinária, determinando a revisão do valor de benefício previdenciário a que faz jus viúva de servidor público estadual, a fim de reajustá-lo ao valor dos vencimentos que seu cônjuge perceberia se vivo fosse, não se pode realizar, por qualquer outro meio, modificações em seu conteúdo, sob pena de violação à coisa julgada material (CF, art. 5º,

XXXVI; LICC, art. 6º). 5.Justamente em decorrência desse fato é que se torna defeso às partes suscitar questões, em sede de execução de sentença, que já foram devidamente aduzidas e apreciadas durante o processo de conhecimento, por se encontrarem sob o manto da preclusão (CPC, art. 473). 6.Logo, inviável se apresenta o pleito formulado nos presentes autos, consistente no pedido de exclusão de gratificações *pro laborem faciendo* e *propter laborem* da pensão a que faz jus a apelada, na medida em que deferidas pela r. sentença proferida nos autos da ação de conhecimento, já transitada em julgado. 7.Remessa Oficial e Apelação Cível conhecidas e improvidas.(TJ/CE, Apelação Civel nº 216984200180600000, 1ª Câmara Cível, Relator: Raul Araújo Filho, data de julgamento: 08/03/2010)

AÇÃO REVISIONAL. CONTRATO DE ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA. SENTENÇA QUE EXTINGUE O FEITO SEM JULGAMENTO DE MÉRITO FACE À COISA JULGADA. AÇÃO DE BUSCA E APREENSÃO CONVERTIDA EM AÇÃO DE DEPÓSITO PROPOSTA EM FACE DO MESMO CONTRATO CREDITÍCIO, COM TRÂNSITO EM JULGADO. IMPOSSIBILIDADE DE REDISCUSSÃO DA MATÉRIA POR ESTE TRIBUNAL. LIMITES DA COISA JULGADA. 1. Ação Revisional de cláusulas contratuais referente contrato de crédito bancário. Preexistência de sentença em Ação de Busca e Apreensão convertida em Ação de Depósito transitada em julgado manejada em face da mesma relação contratual. 2. Decisão *a quo* que reconhece coisa julgada extinguindo o feito sem julgamento de mérito. Inteligência do artigo 267, V, do Código de Processo Civil. 3. Apesar da pretensão deduzida não ser idêntica àquela apreciada na Ação de Busca e Apreensão convertida em Ação de Depósito, as matérias vertidas nas apelações atingiriam a decisão transitada em julgado. 4. Ante a ocorrência de coisa julgada material torna-se impossível apreciação das questões propostas pelos apelantes. Apelação conhecida improvida. Sentença mantida.(TJ/CE, Apelação Civel nº 45685847200080600000, 6ª Câmara Cível, Relator: Manoel Cefas Fonteles Tomaz, data de julgamento: 20/09/2010)

PROCESSUAL CIVIL. DUAS SENTENÇAS. IMPOSSIBILIDADE. APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA COISA JULGADA. DESRESPEITO AOS ARTS. 463 E 471, DO CPC. SEGUNDA SENTENÇA ANULADA. 1) Ao apreciar o feito, salta aos olhos uma questão de ordem pública, visto que as partes já tinham efetuado acordo acerca deste litígio, sendo inclusive homologado pelo Juiz de Direito. Entretanto, quatorze anos depois da sentença ter transitado em julgado, por causa de uma petição ajuizada pela autora, ressuscita-se indevidamente este feito, devido um possível erro no pagamento da pensão alimentícia, sendo proferida indevidamente uma nova sentença; 2) Compulsando os autos, percebe-se que não existiu nenhum substrato jurídico para que fosse proferida nova sentença, sendo imperativo sua anulação; 3) Recurso conhecido, questão de ordem pública constatada. Segunda sentença anulada.(TJ/CE, Apelação Cível nº 44275705200080600000 , 3ª Câmara Cível, Relator: Antonio Aberlardo Benevides Moraes, data de julgamento: 06/10/2006)

Por esta razão, não existiu nenhum substrato jurídico para que fosse proferida a sentença de fl.135/139, sendo imperativo sua anulação oriunda desta questão de ordem pública vislumbrada.

Assim, considerando que a r. decisão fustigada, como se acha, não pode prosseguir, eis que em patente violação à coisa julgada, representando manifesta ofensa ao comando dos artigos 463, 471 e 473, do Código de Processo Civil, Conheço do recurso apelatório interposto, e em virtude da questão de ordem pública suscitada pelo apelante, dou-lhe provimento, para anular a sentença de fls 135/139, devendo o Juiz monocrático observar o comando contido no acórdão de fls. 127/130 destes autos.

É como voto.

Fortaleza, 05 de setembro de 2011.

TRAMITAÇÃO PREFERENCIAL
(META 02/2009-CNJ)
NÚMERO ÚNICO: 22652-96.2005.8.06.0000/0
TIPO DO PROCESSO: APELAÇÃO em LIQUIDAÇÃO DE SENTENÇA em AÇÃO DE PRECEITO COMINATÓRIO DE ABSTENÇÃO DE USO DE MARCA E DE NOME COMERCIAIS CUMULADA COM INDENIZAÇÃO POR PERDAS E DANOS
ORIGEM: 11ª VARA CÍVEL DA CAPITAL
APELANTES/RÉUS: COLÉGIO POSITIVO E OUTROS (04)
APELADA/AUTORA: SOCIEDADE EDUCACIONAL POSITIVO LTDA.
ÓRGÃO JULGADOR: SEGUNDA CÂMARA CÍVEL
RELATOR: DES. FRANCISCO DE ASSIS FILGUEIRA MENDES

EMENTA: CONSTITUCIONAL. PROCESSUAL CIVIL. DANOS MATERIAIS E MORAIS. APELAÇÃO EM LIQUIDAÇÃO DE SENTENÇA POR ARBITRAMENTO. RECURSO INTERPOSTO ANTES DA VIGÊNCIA DA LEI Nº 11.232/2005. CABIMENTO. INEXISTÊNCIA DE PRÉVIA IMPUGNAÇÃO. ÓBICE PARA INTERPOSIÇÃO DO RECURSO. PRECLUSÃO. NÃO OCORRÊNCIA. INTERESSE RECURSAL CONFIGURADO. PRECEDENTES (STJ). MÉRITO. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO DA SENTENÇA LIQUIDATÓRIA. MATÉRIA DE ORDEM PÚBLICA. EFEITO TRANSLATIVO. VIOLAÇÃO AO ART. 93, IX, DA CF/88, C/C OS ARTS. 165 E 458, DO CPC. LAUDO PERICIAL CONFIRMADO NA ÍNTEGRA SEM MOTIVAÇÃO. MATÉRIA COMPLEXA. *QUANTUM DEBEATUR* **ELEVADO. NULIDADE ABSOLUTA DECLARADA. APELAÇÃO CONHECIDA E PROVIDA. SENTENÇA ANULADA. RETORNO DOS AUTOS À ORIGEM PARA FINS DE COMPLEMENTAÇÃO DA PRESTAÇÃO JURISDICIONAL.**

1. Cuida-se de APELAÇÃO CÍVEL (fls. 1.985/1.991) interposta, no prazo legal, pelo COLÉGIO POSITIVO E OUTROS (04) contra decisão prolatada pelo JUÍZO DA 11ª VARA CÍVEL DA CAPITAL (fls. 1.979/1.982), o qual, nos autos da AÇÃO DE PRECEITO COMINATÓRIO DE ABSTENÇÃO DE USO DE MARCA E DE NOME COMERCIAIS C/C INDENIZAÇÃO POR PERDAS

E DANOS, ora em fase de liquidação de sentença (por arbitramento), movida pela SOCIEDADE EDUCACIONAL POSITIVO LTDA. em desfavor das empresas apelantes, declarou líquida, em 15/09/2004 (D.J.-CE 1º/10/04), a condenação imposta na sentença do processo de conhecimento, esta já transitada em julgado, no valor total de R$ 8.730.987,86 (oito milhões, setecentos e trinta mil, novecentos e oitenta e sete reais e oitenta e seis centavos), resultante da liquidação dos danos materiais (R$ 1.565.946,74) e morais (R$ 7.165.041,12), ali estabelecidos.

2. Inicialmente e tendo em vista que a APELAÇÃO, ora em destrame, foi protocolizada em 13/10/2004 (fl. 1.985), ou seja, muito antes da vigência da Lei nº 11.232/2005, ocorrida em 24/06/2006, a qual alterou, substancialmente, o processo de execução pátrio, acrescendo, em particular, o art. 475-H, ao CPC (e, com isso, a previsão de agravo de instrumento – e não mais apelação - como o remédio de insurgência contra a decisão de liquidação), perfeitamente cabível - à época - o presente recurso apelatório a desafiar a sentença de liquidação do julgado de fls. 1.979/1.982, à luz das normas processuais civis vigentes no momento de sua interposição, por incidir *in specie* a máxima *tempus regit actum*, prevista o art. 1.211, do CPC, com respeito, ainda, ao chamado isolamento dos atos processuais e à segurança jurídica. APELAÇÃO CABÍVEL, PORTANTO.

3. "A falta de impugnação ao cálculo do contador não implica em renúncia ao direito de apelar. Uniformizado o entendimento neste Superior Tribunal pela não aplicabilidade da Súmula 188 do TFR." (EREsp 79664/SP, Rel. Ministro AMÉRICO LUZ, CORTE ESPECIAL, julgado em 19/02/1997, DJ 28/08/2000, p. 48).

4. No tocante à pretensão recursal, requerem, as empresas apelantes, a declaração de nulidade da decisão que acolheu, na íntegra, os valores apurados por perito, em sede de arbitramento, à míngua de fundamentação de tal julgado e, *ipso facto*, a prolação de um novo *decisum*, agora com observância ao art. 93, IX, da CF/88, c/c o art. 458, incisos II e III, do CPC, e ao princípio da razoabilidade na fixação do dano moral, à luz dos balizamentos vigentes no âmbito das Cortes Superiores, notadamente em se tratando de dano moral imputado à pessoa jurídica.

5. Cumpre-nos registrar de logo que a análise do tema escapa à regra da congruência ou da correlação entre o pedido e a sentença decorrente do princípio dispositivo, e, em seqüência, aos limites do efeito devolutivo da apelação. A matéria integra, na verdade, o princípio translativo, não sujeita à preclusão, por se tratar - a carência de fundamentação das decisões - de questão de ordem pública, passível de arguição de ofício pelo julgador.

6. A fundamentação dos julgados é condição *sine qua non* à sua validade, mormente quando se observa, *in specie*, que (I) o valor arbitrado (pelo perito) e homologado às cegas (pelo juiz) sequer diferenciou as espécies de dano fixadas na sentença recorrida (moral e material); (II) que os danos morais superam em mais de 04 (quatro) vezes o *quantum* relativo aos danos materiais, sem que tenha o magistrado singular exortado os motivos justificadores do arbitramento e consequente fixação de tal diferença; (III) a expressividade do *quantum debeatur* em si; e, finalmente, (IV) a maior complexidade do procedimento de liquidação por arbitramento, conforme atesta o próprio perito à fl. 1.051, ao requerer que eventuais dúvidas lhe sejam apresentadas por escrito "... devido a complexidade dos trabalhos desenvolvidos", a demandar exame mais acurado pelo julgador ao decidir a liquidação.

7. "O juiz pode discordar das conclusões do perito, pois tem liberdade para apreciar as provas colhidas nos autos. A liquidação por arbitramento não admite a produção de outras provas. Cabe aos peritos a indicação de balizas para que o juiz possa arbitrar, com segurança, o valor devido ao credor liquidante." (REsp 942.400/RJ, Rel. Ministro HUMBERTO GOMES DE BARROS, TERCEIRA TURMA, julgado em 07/08/2007, DJ 20/08/2007, p. 281).

8. APELAÇÃO CONHECIDA E PROVIDA. SENTENÇA ANULADA. RETORNO DOS AUTOS À ORIGEM PARA FINS DE COMPLEMENTAÇÃO DA PRESTAÇÃO JURISDICIONAL.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acorda, a TURMA JULGADORA DA SEGUNDA CÂMARA CÍVEL DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO CEARÁ, por unanimidade de votos, em CONHECER da apelação por entender

preenchidos os requisitos de admissibilidade e, tendo em vista que a sentença adversada encontra-se em manifesto desacordo com a jurisprudência dominante nesta Corte, no Superior Tribunal de Justiça e no Supremo Tribunal Federal, em DAR PROVIMENTO ao recurso para anular a decisão recorrida por ausência de fundamentação, determinando que outra seja proferida, devendo os autos retornarem à origem para fins de complementação da prestação jurisdicional, que deverá atender aos requisitos legais e constitucionais atinentes à atividade jurisdicional, tudo nos termos do voto do Relator, que integra esta decisão.

RELATÓRIO

Cuida-se de APELAÇÃO CÍVEL (fls. 1.985/1.991) interposta, no prazo legal, pelo COLÉGIO POSITIVO E OUTROS (04) contra decisão prolatada pelo JUÍZO DA 11ª VARA CÍVEL DA CAPITAL (fls. 1.979/1.982), o qual, nos autos da AÇÃO DE PRECEITO COMINATÓRIO DE ABSTENÇÃO DE USO DE MARCA E DE NOME COMERCIAIS C/C INDENIZAÇÃO POR PERDAS E DANOS, ora em fase de liquidação de sentença (por arbitramento), movida pela SOCIEDADE EDUCACIONAL POSITIVO LTDA. em desfavor das empresas apelantes, declarou líquida, em 15/09/2004 (D.J.-CE 1º/10/04), a condenação imposta na sentença do processo de conhecimento, esta já transitada em julgado, no valor total de R$ 8.730.987,86 (oito milhões, setecentos e trinta mil, novecentos e oitenta e sete reais e oitenta e seis centavos), resultante da liquidação dos danos materiais (R$ 1.565.946,74) e morais (R$ 7.165.041,12), ali estabelecidos.

Irresignados com o referido *decisum* liquidatório (fls. 1.979/1.982), as (cinco) empresas apelantes interpuseram o recurso *sub examine* para esta superior instância.

Em suas razões recursais (fls. 1.986/1.991), alegam, em síntese, que o juiz de piso arbitrou, sem esboçar suas razões, o valor da condenação unicamente com base no laudo pericial, encontrando-se, assim, a sentença liquidatória desprovida de qualquer fundamentação, em relação especialmente à condenação em danos morais (superior a quatro vezes o valor fixado a título de danos materiais), uma vez que o magistrado a quo limitou-se a homologar os cálculos periciais sem a análise dos parâmetros legais norteadores de tal arbitramento, em flagrante descompasso com o art. 93, inciso IX, da CF/88, em combinação com o art. 458, incisos II e III, do CPC.

Por derradeiro, pugnam pela declaração da nulidade de tal *decisum*, em virtude da ausência de fundamentação do julgado, devendo os autos retornarem à origem para fins de novo julgamento, com olhos desta vez voltados à justeza e à razoabilidade quando da fixação do dano moral em debate, à luz, inclusive, da jurisprudência em vigor no âmbito do SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA.

Custas judiciais à fl. 1.992.

Intimada na forma da lei, a empresa apelada apresentou CONTRA-

RAZÕES às fls. 1.999/2.017 pelo desprovimento da apelação, aduzindo, em síntese, o seguinte: (I) a existência de coisa julgada no tocante à liquidação (por arbitramento) dos danos morais impostos na sentença de conhecimento; (II) a preclusão do direito de as empresas apelantes impugnarem a forma de liquidação do julgado (por arbitramento) e o valor dos danos morais (apurado em perícia e homologado pelo juízo), em virtude de não terem se insurgido, à época, apesar de regularmente intimadas, contra o anúncio do arbitramento e o próprio laudo pericial, tendo transcorrido *in albis* o prazo legal correlato; (III) a impossibilidade de se devolver à instância ad quem matéria não impugnada pela parte recorrente na origem; (IV) a ausência de nulidade da sentença de liquidação, vez que, ao contrário do alardeado pela parte apelante, restou devidamente fundamentada; (V) finalmente, a notória intenção das recorrentes em burlarem "...a própria desídia, por não terem se insurgido contra a forma de liquidação dos danos morais ou contra o seu valor no momento oportuno." (fl. 2.017), sendo-lhes vedado o exame da insatisfação, objeto da presente apelação, uma vez operada, como dito, a preclusão de tais temas.

Pedido de extração de CARTA DE SENTENÇA deferido à fl. 2.021, seguido da remessa dos autos à instância revisora (fl. 2.025), os quais foram DISTRIBUÍDOS, primeiramente, ao Des. José Maria de Melo (fl. 2.029/30).

PARECER MINISTERIAL às fls. 2.034/2.036, sem análise do mérito, em virtude da não restar caracterizado, no entender do *parquet*, o interesse público justificador de sua intervenção.

Autos REDISTRIBUÍDOS por encaminhamento (motivo: herança) à fl. 2.042.

SUBSTABELECIMENTOS acostados ao longo do VOLUME VII deste processo, respectivamente às fls. 1.993; 2.040; e 2.050, bem como PROCURAÇÃO juntada à fl. 2.045, outorgada pela ORGANIZAÇÃO EDUCACIONAL EVOLUTIVO LTDA., nova denominação, segundo a apelada, SOCIEDADE EDUCACIONAL POSITIVO LTDA. (fls. 1.961/1.962), das apelantes COLÉGIO POSITIVO + COLÉGIO POSITIVO BRASIL + COLÉGIO POSITIVO VESTIBULARES + COLÉGIO POSITIVO CARLOS DE CARVALHO.

Autos conclusos para julgamento (fl. 2.053), atualmente contando com VII (sete) volumes e 2.053 (duas mil e cinqüenta e três) folhas.

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

É O RELATÓRIO.

VOTO.

QUESTÕES PRELIMINARES

Por força do art. 560, do CPC, impõe-se a análise, além dos pressupostos de admissibilidade do recurso de apelação, das questões prévias ao mérito da demanda, suscitadas (ou não) de ofício por este Relator, enquanto matérias de ordem pública.

1. Dos Pressupostos de Admissibilidade Recursal:

Inicialmente, CONHEÇO do RECURSO DE APELAÇÃO interposto pelo COLÉGIO POSITIVO E OUTROS (04) às fls. 1.985/1.991, por observar presentes os pressupostos extrínsecos e intrínsecos de admissibilidade (cabimento, legitimidade recursal, interesse recursal, tempestividade, preparo, regularidade formal, inexistência de fato impeditivo ou extintivo do poder de recorrer).

Especificamente quanto ao cabimento da apelação (observado *ex officio* por este Relator) e à existência de fato impeditivo ao direito de recorrer (*in casu*, da existência de preclusão, suscitada pela empresa apelada especificamente às fls. 2.003/2.008, a suplantar o interesse recursal da parte recorrente em impugnar, em sede de apelação, os valores arbitrados na sentença hostilizada, em razão de as apelantes terem silenciado, embora regularmente intimadas - à época - para se manifestarem sobre o laudo pericial), necessárias se fazem algumas digressões. Vejamos.

1.1. Do Cabimento: Configuração.

Tendo em vista que a APELAÇÃO, ora em destrame, foi protocolizada em 13/10/2004 (fl. 1.985), ou seja, muito antes da vigência da Lei nº 11.232/2005, ocorrida em 24/06/2006, a qual alterou, substancialmente, o processo de execução pátrio, acrescendo, em particular, o art. 475-H, ao CPC (e, com isso, a previsão de agravo de instrumento – e não mais apelação - como o remédio de insurgência contra a decisão de liquidação), perfeitamente cabível - à época - o presente recurso apelatório a desafiar a sentença de liquidação do julgado de fls. 1.979/1.982, à luz das normas processuais civis vigentes no momento de sua interposição, por incidir *in specie* a máxima *tempus regit actum*, prevista o art. 1.211, do CPC, com respeito, ainda, ao chamado isolamento dos atos processuais e à segurança jurídica.

APELAÇÃO CABÍVEL, PORTANTO.

1.2. Da Preclusão: Inexistência.

Sob a mesma pena, imperiosa se faz a averiguação se a falta de impugnação ao laudo pericial, quando da disponibilização de prazo, pelo juiz a quo, para as partes de manifestarem sobre os valores apurados pelo expert, acarreta preclusão e, em cadeia, impedimento à interposição de recurso contra a decisão (sentença) que homologa o resultado da perícia (caso dos autos).

Muito embora as bem lançadas contra-razões da parte adversa, acosto-me ao entendimento contrário, vigente – ontem e hoje - no âmbito do SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Vejamos.

Incumbe ressaltar, de logo, que, na sistemática do revogado CAPÍTULO VI

– DA LIQUIDAÇÃO DE SENTENÇA (artigos 603 a 611), do CPC, vigente à época da prolação da sentença de liquidação e da interposição da apelação (idos de 2004), ambas em destaque, era consolidado o entendimento da CORTE ESPECIAL do SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA no sentido de que a "... falta de impugnação ao cálculo do contador não implica em renúncia ao direito de apelar. Uniformizado o entendimento neste Superior Tribunal pela não aplicabilidade da Súmula 188 do TFR."(EREsp 79664/SP, Rel. Ministro AMÉRICO LUZ, CORTE ESPECIAL, julgado em 19/02/1997, DJ 28/08/2000, p. 48).

Confiram-se, nesse sentido, os seguintes precedentes do SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, calcados no excerto acima transcrito, *in verbis*:

> "PROCESSUAL CIVIL. PRECATÓRIO COMPLEMENTAR. LIQUIDAÇÃO DE SENTENÇA. IPC DE FEVEREIRO DE 1991.
> 1. A Corte Especial deste Tribunal, afastando a aplicação da Súmula 188 do extinto Tribunal Federal de Recursos, decidiu que, mesmo permanecendo inerte após vista dos cálculos, a parte tem direito de apelar de sentença que homologou cálculos de liquidação (EREsp 84.451/SP).
> 2. Aplicável o índice do IPC do mês de fevereiro de 1991, nos cálculos de atualização monetária de precatório complementar.
> 3. Agravo regimental provido." (AgRg no REsp 239.229/SP, Rel. Ministro CASTRO MEIRA, SEGUNDA TURMA, julgado em 04/05/2004, DJ 11/10/2004, p. 245).

> "DIREITO PROCESSUAL CIVIL.
> - A inimpugnação ao cálculo do contador não obstaculiza o direito de apelar.
> - Recurso especial atendido." (REsp 296167/SP, Rel. Ministro FONTES DE ALENCAR, SEXTA TURMA, julgado em 06/03/2003, DJ 24/03/2003, p. 292)

> "PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. SÚMULA N.º 188 DO TFR. INAPLICABILIDADE. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. VERBA AUTÔNOMA. CONDENAÇÃO. TRÂNSITO EM JULGADO. POSTERIOR ACORDO ENTRE AS PARTES. INALTERABILIDADE. ART. 99, § 2º, DA LEI N.º 4.215/63.
> 1. A parte que permaneceu silente, quando da abertura de vista dos cálculos, pode apelar da sentença que os homologa, pois, a teor do entendimento da Corte Especial deste Superior Tribunal de Justiça, a Súmula n.º 188 do extinto Tribunal Federal de Recursos, que preceituava que "na liquidação por cálculo do contador, a apelação da sentença homologatória ressente-se do pressuposto de admissibilidade, quando o apelante não tenha oferecido oportuna impugnação", não é mais aplicável." (REsp 71.250/SP, Rel. Ministra LAURITA VAZ, SEGUNDA TURMA, julgado em 12/11/2002, DJ 09/12/2002, p. 318)

> "PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO CONDENATÓRIA. LIQUIDAÇÃO DE SENTENÇA. CÁLCULO DO CONTADOR. INEXISTÊNCIA DE

PRÉVIA IMPUGNAÇÃO. DECISÃO HOMOLOGATÓRIA. AGRAVO DA PARTE SILENTE. EXISTÊNCIA DE INTERESSE RECURSAL. INAPLICAÇÃO DA SÚMULA N. 188 DO EXTINTO TRIBUNAL FEDERAL DE RECURSOS.
I. **O Superior Tribunal de Justiça já firmou, em definitivo, o entendimento de que é dispensável a prévia impugnação da conta de liquidação para que possa a parte insatisfeita recorrer da decisão que a homologou**, restando, em consequência, superada a Súmula n. 188 do C. Tribunal Federal de Recursos que dizia em contrário.
II. Ressalva do ponto de vista do Relator.
III. Recurso conhecido e provido, para possibilitar o conhecimento do agravo na instância *a quo*." (REsp 55.080/GO, Rel. Ministro ALDIR PASSARINHO JUNIOR, QUARTA TURMA, julgado em 09/11/1999, DJ 13/12/1999)

"PROCESSUAL CIVIL. LIQUIDAÇÃO DE SENTENÇA. CÁLCULO DO CONTADOR. AUSÊNCIA DE IMPUGNAÇÃO. RECURSO. PRECLUSÃO. INOCORRÊNCIA.
I - **A CORTE ESPECIAL FIRMOU ENTENDIMENTO NO SENTIDO DE QUE A FALTA DE IMPUGNAÇÃO DA CONTA NÃO IMPEDE A INTERPOSIÇÃO DE RECURSO CONTRA A DECISÃO HOMOLOGATORIA DOS RESPECTIVOS CÁLCULOS**, AFASTANDO, EM CONSEQUÊNCIA, A APLICAÇÃO DA SÚM. 188/TFR.
II - RECURSO ESPECIAL PROVIDO." (REsp 149.617/PE, Rel. Ministro JOSÉ DELGADO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 20/11/1997, DJ 15/12/1997)

"PROCESSUAL - LIQUIDAÇÃO DE SENTENÇA - CÁLCULO DO CONTADOR - AUSÊNCIA DE IMPUGNAÇÃO - PRECLUSÃO - INOCORRÊNCIA - CORREÇÃO MONETÁRIA - IPC/INPC - PERCENTUAL RELATIVO A JANEIRO/1989 (42,72%) - JURISPRUDÊNCIA PACÍFICA DO STJ.
- **A CORTE ESPECIAL DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, CONSOLIDOU O ENTENDIMENTO DE QUE A FALTA DE IMPUGNAÇÃO DA CONTA NÃO ACARRETA PRECLUSÃO, NEM IMPEDE A INTERPOSIÇÃO DE RECURSO CONTRA A DECISÃO HOMOLOGATÓRIA DOS RESPECTIVOS CÁLCULOS**." [..] (REsp 132080/MA, Rel. Ministro HUMBERTO GOMES DE BARROS, PRIMEIRA TURMA, julgado em 19/08/1997, DJ 29/09/1997)

PROCESSUAL CIVIL. CÁLCULOS DO CONTADOR. IMPUGNAÇÃO INTEMPESTIVA. APELAÇÃO. SÚMULA 188 DO TFR. NÃO APLICABILIDADE.
1. A falta de impugnação ao cálculo do contador não implica em renúncia ao direito de apelar. Uniformizado o entendimento neste Superior Tribunal pela não aplicabilidade da Súmula 188 do TFR.(Eresp 84.451/SP, Corte Especial, Sessão de 19/02/97).
2. Embargos de Divergência conhecidos e recebidos. (EREsp 79664/

> SP, Rel. Ministro AMÉRICO LUZ, CORTE ESPECIAL, julgado em 19/02/1997, DJ 28/08/2000, p. 48)

Outrossim, cumpre observar que essa orientação permanece consolidada na referida Corte de Justiça, consoante se infere dos seguintes precedentes, datados de 2.010 e de 2.009, respectivamente:

> "PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO DE INSTRUMENTO INTERPOSTO CONTRA DECISÃO QUE APRECIOU LIQUIDAÇÃO DE SENTENÇA. PRECLUSÃO. INOCORRÊNCIA.
> I.- A não impugnação aos esclarecimentos do laudo pericial apresentados na liquidação de sentença não acarreta preclusão e tampouco obsta a interposição de recurso contra a decisão que homologa os respectivos cálculos. Precedentes. (…).
> IV - Recursos Especiais improvidos." (REsp 1129974/RJ, Rel. Ministro SIDNEI BENETI, TERCEIRA TURMA, julgado em 25/05/2010, DJe 17/06/2010)

> "PROCESSUAL CIVIL - LIQUIDAÇÃO DE SENTENÇA -CÁLCULOS DO CONTADOR - AUSÊNCIA DE IMPUGNAÇÃO - PRECLUSÃO – INOCORRÊNCIA - INCLUSÃO DOS EXPURGOS INFLACIONÁRIOS POSSIBILIDADE - PRECEDENTES STJ
> 1. **Na sistemática prevista no art. 604 do CPC, na sua redação originária, era firme a jurisprudência desta Corte no sentido de que a falta de impugnação da conta do contador não acarretava a preclusão, nem impedia a interposição de recurso contra a decisão homologatória dos respectivos cálculos.**
> 2. É pacifico o entendimento do STJ no sentido de que a inclusão dos expurgos inflacionários em sede de liquidação de sentença não ofende a coisa julgada, quando não fixado critério de correção monetária diverso pela decisão exeqüenda.
> 3. Recurso especial provido." (REsp 1.052.017/SP, ReI. Ministra ELIANA CALMON, SEGUNDA TURMA, julgado em 05/05/2009, DJe 27/05/2009)

Destarte, do fato de as empresas recorrentes não terem apresentado impugnação ao laudo pericial, mesmo sendo devidamente intimadas, não decorreu a preclusão do direito de impugnarem a sentença homologatória dos cálculos elaborados pelo perito judicial, quer por simples cálculos ou por arbitramento, não gerando – tal inércia - óbice algum, no meu sentir, à interposição do recurso *sub examine*.

Finalmente, convém registrar que tal situação difere, em sutileza, do julgado transcrito pela apelada à fl. 2.007, que veta a rediscussão dos cálculos em sede de embargos à execução quando a parte "...não se insurgiu, no prazo legal, contra a sentença que homologou os cálculos apresentados pelo contador, (…) em face de a matéria haver sido alcançada pela coisa julgada, sob pena de convertê-los, pela via oblíqua, em solução rescisória do julgado.".

Aqui - e ao contrário –, a parte recorrente efetivamente apelou da sentença liquidatória, não tendo esta, por tal razão, transitado em julgado. Sendo assim, poderão, as apelantes, impugnar a sentença de liquidação do julgado, mesmo que outrora não tenham sido adversados os cálculos ali homologados, resultantes do arbitramento, vez que – *in casu* – não se operou ainda a coisa julgada de tal *decisum*.

Diante disso, superadas as questões preliminares afeitas ao cabimento e ao não conhecido da apelação em razão da existência de fato impeditivo do poder de recorrer em virtude da preclusão lógica, DOU TRÂNSITO ao recurso apelatório.

MÉRITO:

Vencido o conhecimento da apelação, impõe-se a análise preliminar da alegada carência de fundamentação da sentença, ora apelada, na qual o juiz singular acolheu, na íntegra, o laudo pericial e, portanto, os valores alí apurados pelo expert a título de danos materiais (R$ 1.565.946,74) e, notadamente, morais (R$ 7.165.041,12), no importe total de R$ 8.730.987,86 (oito milhões, setecentos e trinta mil, novecentos e oitenta e sete reais e oitenta e seis centavos).

No tocante à pretensão recursal, requerem, as empresas apelantes, a declaração de nulidade da decisão que acolheu, na íntegra, os valores apurados por perito, em sede de arbitramento, à míngua de fundamentação de tal julgado e, *ipso facto*, a prolação de um novo *decisum*, agora com observância ao art. 93, IX, da CF/88, c/c o art. 458, incisos II e III, do CPC, e ao princípio da razoabilidade na fixação do dano moral, à luz dos balizamentos vigentes no âmbito das Cortes Superiores, notadamente em se tratando de dano moral imputado à pessoa jurídica.

Inicialmente, cumpre-nos registrar que a análise do tema escapa à regra da congruência ou da correlação entre o pedido e a sentença decorrente do princípio dispositivo, e, em seqüência, aos limites do efeito devolutivo da apelação. A matéria integra, na verdade, o princípio translativo, não sujeita à preclusão, por se tratar - a carência de fundamentação das decisões - de questão de ordem pública, passível de arguição de ofício pelo julgador[1].

Ademais, a violação delatada surgiu quando da prolação da decisão recorrida carente, no dizer das apelantes, de razões, sendo a apelação o momento primeiro e oportuno à veiculação de tal inconformismo.

Dito isso, a ausência de fundamentação das decisões (judiciais ou administrativas), além de integrar o rol das matérias de ordem pública, é causa de nulidade cominada por dispositivo constitucional que estipula:

1 *"A apelação só devolve ao Tribunal as questões impugnadas pelas partes,* ***as apreciadas de ofício (questão de ordem)*** *e aquelas suscitadas e não examinadas (art. 515 do CPC)."* (REsp 1189458/RJ, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 25/05/2010, **DJe 07/06/2010**)

> **ART. 93, INCISO IX, DA CF/88 (REDAÇÃO DA EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 45/2004)**
> "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".

Para Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery, "a exigência de fundamentação das decisões judiciais é manifestação do princípio do devido processo legal (CF 5º LIV)" (Constituição Federal comentada e legislação constitucional. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 267).

Ensinam-nos, novamente, os referidos doutrinadores:

> "**Livre convencimento motivado.** O juiz é soberano na análise das provas produzidas nos autos. Deve decidir de acordo com o seu convencimento. **Cumpre ao magistrado dar as razões de seu convencimento. Decisão sem fundamentação é nula *pleno iure* (CF 93 IX). Não pode utilizar-se de fórmulas genéricas que nada dizem.** Não basta que o juiz, ao decidir, afirme que defere ou indefere o pedido por falta de amparo legal; é preciso que diga qual o dispositivo de lei que veda a pretensão da parte ou interessado e porque é aplicável no caso concreto." (NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. Código de processo civil comentado e legislação extravagante. 10ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 391.)

Em harmonia com o texto constitucional, o art. 165, do Código de Processo Civil, estabelece que:

> **ART. 165, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL**
> "As sentenças e acórdãos serão proferidos com observância do disposto no art. 458; as demais decisões serão fundamentadas, ainda que de modo conciso".

Citem-se, ainda, os inúmeros precedentes desta Corte[2] e do SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL[3].

Retornando ao caso ora em análise, constata-se que a decisão recorrida

2 (TJ/CE, 1ª Câmara Cível, Processo nº 3341097200680600011, Rel. Des. FERNANDO LUIZ XIMENES ROCHA, Data de registro 08/06/2011); (TJ/CE, Segunda Câmara Cível, Processo nº 368-60.2006.8.06.0000/1, Rel. Des. FRANCISCO AURICÉLIO PONTES, DJ/CE 02.03.2010); (TJ/CE, Terceira Câmara Cível, Processo nº 2008.0000.0185-2/0, Rel. Des. ANTÔNIO ABELARDO BENEVIDES MORAES, DJ/CE 23.04.2008).

3 (STF, Primeira Turma, RE 540.995/RJ, Relator Ministro MENEZES DIREITO, julgado em 19.02.2008, DJe 02.05.2008); (STF, Segunda Turma, HC 80.892/RJ, Relator Ministro CELSO DE MELLO, julgado em 16.10.2001, DJe 23.11.2007, DJU 23.11.2007).

acolheu *in totum* os valores indicados pelo expert no laudo pericial às fls. 1.070/1.072 (VOL. V), no meu sentir, sem fundamentação alguma, mesmo que concisa, necessária mesmo em se tratando de sentença homologatória de cálculos do contador, quiçá de laudo pericial arbitral.

A bem da verdade, o juiz singular, diante do silêncio das rés (ora apelantes) em se manifestarem sobre o laudo pericial, declarou – de plano - líquida a condenação, unicamente por presumir aceito o quantum liquidado, sem qualquer análise dos parâmetros e dos critérios que levaram o perito a estabelecer tal montante, nos seguintes moldes, *in litteris*:

> "Verifica-se do laudo pericial de fls. 1070/1072 ter o perito apurado, quando aos danos materiais e morais reconhecidos em sentença, a importância de R$ 8.730.987,86 (oito milhões, setecentos e trinta mil, novecentos e oitenta e seis reais e oitenta e seis centavos, Vol. V).
> As partes foram regularmente intimadas do laudo pericial para manifestação (fls. 1888 e 1897 – Vol. VI), permanecendo a empresa-ré, não obstante, inerte, deixando transcorrer *in albis*, o prazo que lhe foi assinado.
> Ante o exposto, declaro LÍQUIDA a condenação no valor de R$ 8.730.987,86 (oito milhões, setecentos e trinta mil, novecentos e oitenta e sete reais e oitenta e seis centavos), o qual deverá ser corrigido da data da mensuração monetária (31 de janeiro de 2001) à data do pagamento.
> […]
> Fortaleza, 15 de setembro de 2004.
> Benedito Hélder Afonso Ibiapina.
> Juiz de Direito – Resp." (sic - fl. 1.982)

A fundamentação dos julgados é condição *sine qua non* à sua validade, mormente quando se observa, *in specie*, que (I) o valor arbitrado (pelo perito) e homologado às cegas (pelo juiz) sequer diferenciou as espécies de dano fixadas na sentença recorrida (moral e material); (II) que os danos morais superam em mais de 04 (quatro) vezes o *quantum* relativo aos danos materiais, sem que tenha o magistrado singular exortado os motivos justificadores do arbitramento e consequente fixação de tal diferença; (III) a expressividade do *quantum debeatur* em si; e, finalmente, (IV) a maior complexidade do procedimento de liquidação por arbitramento, conforme atesta o próprio perito à fl. 1.051, ao requerer que eventuais dúvidas lhe sejam apresentadas por escrito "... devido a complexidade dos trabalhos desenvolvidos", a demandar exame mais acurado pelo julgador ao decidir a liquidação.

Segundo o SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, o "... juiz pode discordar das conclusões do perito, pois tem liberdade para apreciar as provas colhidas nos autos. A liquidação por arbitramento não admite a produção de outras provas. Cabe aos peritos a indicação de balizas para que o juiz possa arbitrar, com segurança, o valor devido ao credor liquidante." (REsp 942.400/RJ, Rel. Ministro HUMBERTO GOMES DE BARROS, TERCEIRA TURMA, julgado em 07/08/2007, DJ 20/08/2007, p. 281).

Novamente, importante mencionar os ensinamentos de Nelson Nery Junior e de Rosa Maria de Andrade Nery, in Código de Processo Civil Comentado e legislação extravagante, Revista dos Tribunais, 11ª edição, 2.010, p. 683 (item 1), ao comentar sobre a consideração do laudo pericial pelo juiz (art. 436), *in litteris*:

> "O juiz não fica vinculado aos fundamentos e à conclusão a que chegou o perito no laudo, tampouco às opiniões dos assistentes técnicos das partes. Pode até utilizar-se de seu conhecimento privado, **mas em qualquer caso deve fundamentar o porquê do acolhimento ou não do laudo, das críticas dos assistentes técnicos ou do parecer técnico-científico de jurista ou de outro especialista**".

Corroborando com essa orientação, menciono o seguinte precedente do SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA (com destaques):

> "**PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. CONSTITUIÇÃO DE SERVIDÃO ADMINISTRATIVA. LAUDO PERICIAL. POSSIBILIDADE DE ADOÇÃO. PRINCÍPIO DA LIVRE CONVICÇÃO DO JUIZ.** INCIDÊNCIA DOS JUROS MORATÓRIOS SOBRE OS COMPENSATÓRIOS. POSSIBILIDADE. SÚMULA 102/STJ. JUROS COMPENSATÓRIOS. PERCENTUAL APLICÁVEL. MP 1.577/97 E REEDIÇÕES. APLICABILIDADE ÀS SITUAÇÕES POSTERIORES ÀS SUAS RESPECTIVAS VIGÊNCIAS. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO SEM CARÁTER PROTELATÓRIO. EXCLUSÃO DA MULTA.
> **1. Da mesma forma que o juiz não está adstrito ao laudo pericial, podendo, inclusive, formar a sua convicção com outros elementos ou fatos provados nos autos, inexiste empecilho para que ele o adote integralmente como razões de decidir, dispensando as outras provas produzidas, inclusive os laudos apresentados pelos assistentes técnicos das partes, desde que dê a devida fundamentação.**
> **2. "A livre apreciação da prova, desde que a decisão seja fundamentada, considerada a lei e os elementos existentes nos autos, é um dos cânones do nosso sistema processual"** (REsp 7.870/SP, 4ª Turma, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, DJ de 3.2.1992). (STJ, PRIMEIRA TURMA, REsp 1018567 / SP, Rel. Min. DENISE ARRUDA, julgado em 21.10.2008, DJe 12/11/2008)

Interessante notar que o próprio perito-economista, na parte final de sua análise pericial (fl. 1.071 - VOL-V), assim dispõs: "Concluo esta perícia para consideração e juízo de Vossa Excelência, com os seguintes valores finais: ….". Tal assertiva denota que o conhecimento técnico-científico do expert subsidia a atividade jurisdicional, sem, contudo, substituir a sentença (de liquidação), cabendo ao reitor do feito (juiz) liquidar a sentença (de conhecimento) segundo o seu livre convencimento motivado.

Dessa forma, a decisão impugnada por meio do presente recurso está eivada de nulidade absoluta, posto que prolatada em desconformidade com norma de índole constitucional, na medida em que o juízo singular não esboçou as razões que o levaram a tal convencimento, limitando-se a encampar, de forma genérica e sem fundamentação, os valores apurados, por arbitramento, pelo perito, sem análise alguma do laudo pericial.

DIANTE DE TODO O EXPOSTO, CONHEÇO da apelação por entender preenchidos os requisitos de admissibilidade e, tendo em vista que a sentença adversada encontra-se em manifesto desacordo com a jurisprudência dominante nesta Corte, no Superior Tribunal de Justiça e no Supremo Tribunal Federal, DOU PROVIMENTO ao recurso para anular a decisão recorrida por ausência de fundamentação, determinando que outra seja proferida, devendo os autos retornarem à origem para fins de complementação da prestação jurisdicional, que deverá atender aos requisitos legais e constitucionais atinentes à atividade jurisdicional, tudo nos termos do voto deste Relator, que integra esta decisão.

É COMO VOTO.

Fortaleza-CE, 17 de Agosto de 2.011.

Nº PROCESSO: 0028979-62.2002.8.06.0000
TIPO DO PROCESSO: APELAÇÃO CÍVEL – 11ª Vara Cível
APELANTE: DAVID SÁVIO DE OLIVEIRA FALCÃO
APELADO: BANCO BRADESCO S/A
RELATOR: DES. DURVAL AIRES FILHO

EMENTA: CIVEL. CONSUMIDOR. APELAÇÃO CÍVEL. REPARAÇÃO DE [1]DANOS MORAIS. INSCRIÇÃO EM CADASTRO DE RESTRIÇÃO AO CRÉDITO DE FORMA INDEVIDA. IMPOSSIBILIDADE. DANO MORAL CONFIGURADO. DEVER DE INDENIZAR. VALOR INDENIZATÓRIO RAZOÁVEL.

1. O banco Apelado disponibilizou um produto e sobre o serviço cobrou a tarifa correspondente, quando o correntista Apelante não concordou com o benefício, solicitando o estorno do numerário debitado, até então não atendido, razão de uma série de danos: devolução de cheque, inclusão no cadastro CCF e SERASA, enfim, a composição injusta de mau pagador, com as restrições que tal pecha acarreta.

2. Se não há débito em aberto, não pode haver inadimplência, inconcebível é a restrição para proteção do crédito, uma vez que esta busca evitar a profusão de contas sem honradez e liquidação. Este é o mecanismo, cuja falha injustificada resulta indenização. PRECEDENTES DESTA CÂMARA e RELATORIA. (Acs Nº. 0749853-92.2000.8.06.0001, 000768-02.2008.8.06.0066 e 0008820-22.2007.8.06.0001)

APELO CONHECIDO E PROVIDO. SENTENÇA REFORMADA.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos da Apelação Cível nº 0028979-

1 Juízo de admissibilidade: competência. A competência definitiva para o juízo de admissibilidade do recurso é do tribunal *ad quem*, destinatário do mesmo recurso. ... Por serem os requisitos de admissibilidade dos recursos questões de ordem pública, o juízo de admissibilidade (exame desses requisitos) deve ser proferido *ex officio* pelo juiz ou tribunal, ainda que o recorrido não tenha, nas contra-razões, impugnado a admissibilidade do recurso." (NERY JUNIOR, Nelson e ANDRADE NERY, Rosa Maria de. *In* Código de Processo Civil Comentado e Legislação Extravagante, RT, 10ª edição, 2007, p. 811).

62.2002.8.06.0000, em que figuram, como Apelante DAVID SÁVIO DE OLIVEIRA FALCÃO e, como Apelado BANCO BRADESCO S/A, ACORDAM os Desembargadores desta 7ª Câmara Cível, em votação unânime, pelo CONHECIMENTO e PROVIMENTO DO APELO, tudo nos termos do voto do Desembargador Relator.

RELATÓRIO

Examinada, trata-se de Apelação Cível na Ação de Responsabilidade Civil, ajuizada por DAVID SÁVIO DE OLIVEIRA FALCÃO inicialmente contra o Banco do Estado do Ceará – BEC, sendo sucedido pelo Banco Bradesco S/A, em que o Autor aduz que em 27 de abril de 1998, o banco Promovido renovou automaticamente o último contrato de cheque especial, descontando de sua conta um valor de R$ 15,00 (quinze reais), mas que ao comunicar que não continuaria mais com tal serviço, o BEC se prontificou a estornar o valor descontado. Contudo, o Autor recebeu em sua residência, uma carta informando que seu nome tinha sido incluído no CCF – Cadastro de Emitentes de Cheques sem Fundos, em 19 de maio de 1998.

Afirma por conseguinte, que por falta do mencionado estorno, não teve provisão suficiente de fundos para o pagamento do cheque nº. 462691, no valor de R$ 44,66 (quarenta e quatro reais e sessenta e seis centavos), tendo em vista que este cheque estourou sua conta em R$ 3,50 (três reais e cinquenta centavos). Requereu ao final, a condenação da Promovida em indenização por danos morais.

Em Contestação de fls. 22/27, o BEC alega que conforme a cláusula 5, o contrato seria renovado automaticamente e que até 27 de abril de 1998, não houve qualquer manifestação em contrário do Promovente, somente se manifestando no dia seguinte, após a consumação do ato. Aduz ainda, que houve o estorno das taxas, não por obrigação, mas pela súplica do Autor em dizer que passava por necessidade financeira e que as inclusões do Promovente no CCF e no SERASA obedeceram aos ditames normais e legais.

Na ocasião, o douto Juízo monocrático julgou improcedente a ação, condenando o Autor em custas e honorários advocatícios em R$ 400,00 (quatrocentos reais).

É o que se lê às fls. 61/64.

Irresignado com a decisão, o Autor interpôs recurso de Apelação, aduzindo que não há qualquer prova de danos materiais pois os documento de fls. 23/24 apenas demonstram a compra de mercadorias e que é exorbitante o valor da indenização em danos morais.

É o conteúdo das fls. 67/73.

Em contrarrazões de fls. 77/82, o BEC alega que não foi demonstrado o dano moral e que por isso, não há o que se falar em reparação.

Em parecer ministerial de fls. 99/103, foi opinado pelo provimento do Apelo, no sentido de reformar a sentença e julgar procedente a demanda.

Em petição de fls. 105, veio o Banco Bradesco ingressar na lide como legítimo sucessor do Banco do Estado do Ceará – BEC.

Às fls. 130, foi determinada a redistribuição do feito, tendo em vista o teor da Portaria nº. 154/2011.

É o relatório.

À douta Revisão.

Fortaleza, 26 de outubro de 2011.

VOTO

Antes de qualquer iniciativa, conheço da presente Apelação por estar presentes os requisitos de sua admissibilidade.

A relação que se estabelece entre os litigantes trata-se de relação de consumo, pois o Código de Defesa do Consumidor se aplica aos serviços prestados no mercado de consumo, mediante remuneração, incluindo-se a atividade desenvolvida por bancos, financeiras e estabelecimento de crédito (CDC, § 2º do artigo 3º).

A responsabilidade do prestador de serviços, nos termos do art. 14 do Código de Defesa do Consumidor é objetiva, independente de culpa, impondo-se apenas o nexo de causalidade entre a atuação ou omissão da Financeira e o resultado danoso.

É fato que, casos deste jaez são julgados a luz do dano in re ipsa, que vem a ser "aquele cuja presunção da sua ocorrência é bastante, em situação na qual há suficiente indício de que haja ocorrido, em razão de ser consequência necessária e inevitável da conduta praticada".

Sobre este tema, aponte-se que a "responsabilização do agente causador do dano moral opera-se por força do simples fato da violação. Verificado o evento danoso, surge a necessidade da reparação, não havendo que se cogitar da prova do prejuízo, se presentes os pressupostos legais para que haja a responsabilidade civil (nexo de causalidade e culpa)" (RSTJ 98/270).

Nesse mesmo sentido é o entendimento do Excelso Superior Tribunal de Justiça, verbatim:

> "Nos termos da jurisprudência da Turma, em se tratando de indenização decorrente da inscrição irregular no cadastro de inadimplentes, a exigência de prova de dano moral se faz com a demonstração da inscrição irregular nesse cadastro." (STJ – Recurso Especial 165727, 4ª Turma, Rel. Min. Sálvio de Figueredo Teixeira, DJU de 21/09/98, p. 196).
>
> "Dispensa-se a prova de prejuízo para demonstrar a ofensa ao moral humano, já que o dano moral, tido como lesão à personalidade, ao âmago e à honra da pessoa, por vezes é de difícil constatação, haja vista os reflexos atingirem parte muito própria do indivíduo – o seu interior." (STJ - Recurso Especial 85019, 4ª Turma, Rel. Min. Sálvio de Figueredo Teixeira, DJ de

18/12/1998)

Tivesse o Apelado adotado maiores cuidados e estornado o valor da renovação do cheque especial, no dia, ou até mesmo no mês em que o Autor requereu (abril de 1998), certamente teria evitado os prejuízos que provocou. Deve, assim, arcar com as responsabilidades decorrentes dos riscos que assume, com grau de culpa considerável, por negligência, caracterizada pelo não estorno do valor, quando requerido.

É que o Autor informou que não continuaria com o contrato de cheque especial em 28 de abril de 1998, requerendo ainda, na mesma data, o estorno do valor debitado no dia anterior, o que só foi feito pelo Banco Apelado em 02 de junho de 1998, data esta que foi determinada ainda, a retirada do nome do Autor do CCF e do SERASA, admitindo com isso, seu erro em não proceder com o estorno na data em que foi solicitado.

Por conseguinte, configurado está o nexo de causalidade entre a conduta da Apelada de incluir o nome do Apelante em cadastro de inadimplentes e o dano sofrido por este.

Resta assim, comprovada a conduta negligente do Apelado, o dano causado ao Promovente que teve seu nome incluído indevidamente em órgão de restrição ao crédito, mesmo tendo requerido em data anterior à devolução do cheque, o estorno do valor indevidamente debitado.

Se não há débito em aberto, não pode haver inadimplência, inconcebível é a restrição para proteção do crédito, uma vez que esta busca evitar a profusão de contas sem honradez e liquidação. Este é o mecanismo, cuja falha injustificada resulta indenização.

Quanto ao dano moral, é pacífico na jurisprudência pátria que a inscrição indevida nos cadastros de proteção ao crédito enseja dano moral, independentemente de prova:

> "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.
> (...)
> III. Agravo improvido". (AgRg no Ag 1222004/SP, Rel. Ministro ALDIR PASSARINHO JUNIOR, QUARTA TURMA, julgado em 20/05/2010, DJe 16/06/2010).

Na falta de parâmetros objetivos definidos para a fixação da indenização, tem-se solidificado o entendimento no sentido de que não deve a mesma ser de tal

ordem que se torne em enriquecimento, nem tão ínfima que possa perder sua finalidade. Para tanto, tem-se entendido que devem ser considerados no arbitramento de seu valor, aspectos como a maior ou menor lesão, a intensidade do dolo ou culpa do agente, assim como a condição sócio-econômica do ofensor e do lesado para que não se perca em puro subjetivismo.

Desses conceitos se extrai que a reparação moral deve sempre ser fixada de forma a atender à dupla finalidade do instituto, qual seja, desestimular, de forma pedagógica, o ofensor (teoria do desestímulo), a condutas do mesmo gênero, e propiciar ao ofendido os meios de compensar os dissabores experimentados, sem que isso implique em fonte de lucro indevido.

Em outras palavras, a indenização não pode ser de tal ordem que se convole em enriquecimento sem causa, nem irrisória de sorte a não reparar os transtornos suportados, devendo ser fixada com equidade pelo julgador. Desta forma, há de observar os critérios estabelecidos pela doutrina e jurisprudência quanto ao valor da condenação em danos morais.

Em resumo, repito: O banco Apelado disponibilizou um produto e sobre o serviço cobrou a tarifa correspondente, quando o correntista Apelante não concordou com o benefício, solicitando o estorno do numerário debitado, até então não atendido, razão de uma série de danos: devolução de cheque, inclusão no cadastro CCF e SERASA, enfim, a composição injusta de mau pagador, com as restrições que tal pecha acarreta.

Ante aos fundamentos fáticos e jurídicos apresentados, CONHEÇO da Apelação interposta, para DAR-LHE PROVIMENTO, no sentido de julgar procedente a presente demanda, condenando o Banco Réu ao pagamento de indenização por danos morais, no valor de R$ 2.000,00 (dois mil reais), com correção monetária a partir desta decisão e juros de mora a partir do evento danoso.

Condeno ainda a parte Apelada, ao pagamento das custas e honorários advocatícios, este em 10% (dez por cento) sobre o valor da condenação.

É como voto. É como me posiciono.

Fortaleza, 26 de outubro de 2011.

Apelação Cível nº 30109-11.2007.8.06.0001/1, oriunda da 23ª Vara Cível da Comarca de Fortaleza.
Primeiros Apelantes: Hospital Antônio Prudente S/C LTDA. e HAPVIDA Assistência Médica LTDA.
Segunda Apelante: Silvana Maria Pereira de Abreu.
Apelados: os mesmos.
Relatora: Desa. Maria Iracema Martins do Vale.

EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL. DIREITO DO CONSUMIDOR. INCIDÊNCIA DAS REGRAS DO CDC. REJEITADAS AS PRELIMINARES DE INEXISTÊNCIA DO PAGAMENTO DAS CUSTAS POR UM DOS LITISCONSORTES, BEM COMO DE NÃO CONHECIMENTO DA APELAÇÃO POR INOBSERVÂNCIA DOS PRESSUPOSTOS PROCESSUAIS E DE SUPOSTA INOVAÇÃO INDEVIDA NA LIDE. PLANO DE SAÚDE. PERÍODO DE CARÊNCIA. CLÁUSULA ABUSIVA. DESCASO NO ATENDIMENTO DA PACIENTE. MORTE DE FETO. AUSÊNCIA DE EXCLUDENTE DE ILICITUDE. DANO MORAL CARACTERIZADO.

1. A discussão travada nos autos diz respeito a pedido de indenização por danos morais em virtude da negativa de assistência médica por parte de plano de saúde, o que teria ocasionado a morte do feto da paciente. Em sua defesa, alegou a sociedade médica empresarial que a paciente ainda não teria cumprido o período de carência para fazer jus ao tratamento.
2. Suscitadas preliminares de ausência do pagamento das custas por um dos litisconsortes, de inobservância dos pressupostos processuais e de inovação na lide. Na primeira preliminar, verifica-se a desnecessidade no pagamento das custas processuais, uma vez que a outra parte prontamente já a providenciou. No restante, elas se confundem com o próprio mérito da demanda, razão pela qual serão analisadas conjuntamente com a parte meritória do julgado. Preliminares rejeitadas.
3. Colhe-se dos autos que a beneficiária do plano de saúde Hapvida necessitou de tratamento urgente de internação hospitalar, mas não fora devidamente atendida pelo hospital Antônio Prudente, vindo a perder o feto.

4. A sociedade médica alegou que a paciente ainda não completara o tempo mínimo de carência previsto, segundo as cláusulas estabelecidas no contrato. Deste modo, sustenta ter apenas agido no exercício regular de um direito.
5. No entanto, o contrato em questão constitui-se em contrato de adesão, possuindo cláusulas exorbitantes. Como se trata de relação de consumo na modalidade "serviço", aplica-se ao caso o Código de Defesa do Consumidor.
6. Caracterizado o ato ilícito, verificado o dano sofrido, resta perquirir o *quantum* indenizatório a ser ressarcido. Assim, no que tange à quantia a ser paga à paciente, deve-se observar que a indenização possui função dúplice. A primeira, de reparar o dano vivido por quem se sentiu em situação constrangedora. A segunda tem o objetivo de fazer com que o ato lesivo não seja novamente praticado.
7. O valor pleiteado pela demandante, na quantia de R$ 130.000,00 (cento e trinta mil reais), entretanto, não se coaduna com as especificidades do caso em apreço, razão pela qual mantenho o valor indenizatório no patamar anteriormente fixado pelo magistrado a quo, R$ 15.000,00 (quinze mil reais).
- Apelações de ambas as partes conhecidas e desprovidas.
- Sentença de primeiro grau mantida em sua integralidade.
- Unânime.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de Apelação Cível nº 30109-11.2007.8.06.0001/1, em que figuram as partes acima indicadas. Acorda a 4ª Câmara Cível deste egrégio Tribunal de Justiça, de forma unânime, em conhecer dos recursos interpostos por ambas as partes para rejeitar as preliminares suscitadas e, no mérito, negar-lhes provimento, mantendo a sentença de primeira instância em sua inteireza, nos termos do voto desta Relatora.

Fortaleza, 20 de agosto de 2011.

RELATÓRIO

Tratam os autos de Apelações Cíveis manejadas por ambas as partes com o objetivo de desconstituir sentença proferida pelo Juízo da 23ª Vara Cível da Comarca de Fortaleza, o qual julgou pela procedência da ação.

O caso/a ação originária: Silvana Maria Pereira de Abreu ingressou com Ação de Indenização por danos morais contra o Hospital Antônio Prudente S/C LTDA. e o plano de saúde Hapvida Assistência Médica LTDA., em razão da negativa de internação naquele hospital, ante o fato da paciente ainda não ter supostamente cumprido totalmente o tempo de carência do plano de saúde. Tal fato resultou na interrupção de sua gravidez, consequente morte prematura de seu bebê. Por ocasião da contestação (fls. 64/82), requereram os demandados, preliminarmente, a denunciação da lide e a suspensão do processo. No mérito, alegaram, em síntese, que a conduta dos médicos e enfermeiros do hospital teria sido apropriada para a situação em comento. Além disso, sustentaram a ausência da obrigação de indenizar e a inexistência da comprovação dos danos sofridos, consequente falta de responsabilidade para o caso em tablado.

A Sentença: o magistrado da 23ª Vara Cível da Comarca de Fortaleza decidiu pela procedência da ação (fl. 215/221). Transcrevo o dispositivo da sentença:

> "ISSO POSTO, julgo procedente o pleito autoral, formulado por SILVANA MARIA PEREIRA DE ABREU, com fundamento nos artigos 186 e 927, ambos do Código Civil, e no Código de Defesa do Consumidor, condenando o plano de saúde demandado no pagamento de danos morais à autora, que ora arbitro em R$ 15.000,00 (quinze mil reais), montante a ser corrigido, com juros de mora de 1% ao mês, a partir da citação (art. 405 do CC)."

A primeira apelação: inconformado com o *decisum* proferido, o Hospital Antônio Prudente S/C LTDA. e a Hapvida Assistência Médica LTDA. interpuseram o recurso de fls. 223/242, pleiteando a sua reforma, alegando a inexistência de culpa no fato de a demandante ter perdido sua criança, uma vez que a mera inexecução contratual não geraria dano moral. E, por fim, para o caso de uma improvável condenação, pugnam pela redução do *quantum* indenizatório.

A segunda apelação: também não se conformando com a decisão proferida em primeira instância, Silvana Maria Pereira de Abreu manejou o recurso de fls. 245/248, pugnando pela majoração dos danos morais arbitrados pela instância *a quo* para a quantia de R$ 130.000,00 (cento e trinta mil reais).

Contrarrazões da Sra. Silvana Maria Pereira de Abreu às fls. 257/270, suscitando, preliminarmente, a inexistência de pagamento de custas processuais da parte do Hospital Antônio Prudente, bem como a ausência de impugnação aos fundamentos da decisão e, por fim, a inovação indevida na lide, sustentando o não conhecimento do recurso da outra parte. No mérito, alega ser objetiva a responsabilidade do Hospital e do plano de saúde.

Contrarrazões do hospital e do plano de saúde: às fls. 273/282, alegando a inexistência de dano moral e pugnando, ao fim, no caso de condenação, pela redução do quantum indenizatório.

É o relatório.

Revisão feita pelo Excelentíssimo Senhor Desembargador Lincoln Tavares

Dantas.

VOTO

A controvérsia a ser dirimida no recurso interposto cinge-se a um pedido de indenização por danos morais em virtude da negativa de assistência médica por parte de plano de saúde. Mas antes de adentrar no mérito da demanda, faz-se necessário a análise das preliminares suscitadas pela Sra. Silvana Maria Pereira de Abreu em suas contrarrazões.

1. DAS PRELIMINARES:

1.2. Da preliminar de inexistência do pagamento das custas.

Alegou a Sra. Silvana Maria Pereira de Abreu, em suas contrarrazões, que "Ao pousar vista no comprovante de pagamento que dormita ao fólio 243, tem-se insofismavelmente que SOMENTE a HAP Vida Assistência Médica Ltda recolheu o pagamento das custas e/ou preparo de seu apelatório, restando o recurso, manejado pelo Hospital Antônio Prudente S/C Ltda., deserto." (fl. 259)

Não vigora a mencionada alegação. Isto decorre do fato de que o recurso em questão contrarrazoado se constitui em documento único, interposto tanto pelo Hospital Antônio Prudente quanto pela HAP Vida Assistência Médica Ltda., razão pela qual embora no documento de fl. 243 conste apenas o nome da HAP Vida Assistência Médica Ltda., não se pode ter como deserto o referido recurso. Isso porque, como o próprio documento faz prova, as custas processuais referentes a insurgência recursal interposta foram devidamente recolhidas por uma das aludidas partes.

Deste modo, não se pode, apesar de não constar no preparo o nome do Hospital Antônio Prudente, falar-se em deserção do recurso.

Preliminar rechaçada.

1.2. Das preliminares de ausência de observância dos pressupostos recursais por falta de impugnação aos fundamentos da decisão e de inovação indevida na lide.

Com relação a primeira destas preliminares, tem-se que esta se confunde com o próprio mérito do recurso, uma vez que da análise da apelação de fls. 223/242, observa-se que as questões ali suscitadas tem por base a confrontação dos fundamentos meritórios aduzidos pelo magistrado de primeiro grau quando da prolação de sua sentença. Razão pela qual tal matéria será averiguada juntamente com a análise do mérito recursal.

Quanto a segunda destas preliminares, constata-se que a mesma também não deve ser acatada, visto que comparando-se a peça recursal de fls. 223/242 com a

contestação de fls. 64/82, constata-se, como bem enfatizou a própria Sra. Silvana Maria Pereira de Abreu em suas contrarrazões (fl. 262): "Do cotejo havido entre a refutação (fls. 64/82) com a peça recursal (fólios 223-242) tem-se, (…) a reedição *ipsis litteris* dos argumentos contestatórios (…)" (destacamos).

Ademais, tal como na preliminar anterior, conclui-se que esta última também se confunde com o mérito.

2. DO MÉRITO:

O contrato em questão constitui-se em contrato de adesão, possuindo cláusulas exorbitantes que extrapolam a dignidade da pessoa humana. Como se trata de relação de consumo na modalidade "serviço", aplica-se ao caso o Código de Defesa do Consumidor.

Dessa feita, verifica-se que a ação analisada visa discutir relação de consumo constituída por contrato tipicamente de adesão, ou seja, aquele em que o conteúdo é previamente determinado pelo fornecedor/prestador de serviço, impossibilitando o contratante de discuti-lo ou modificá-lo, devendo suas cláusulas serem interpretadas favoravelmente ao consumidor, conforme preceitua o Art. 47 do CDC, assim disposto:

> "Art. 47. As cláusulas contratuais serão interpretadas de maneira mais favorável ao consumidor."

Assim, segundo Rizzato Nunes (in Curso de Direito do Consumidor, Editora Saraiva, 2004, p. 05), o princípio do pacta sunt servanda não se aplica às relações consumeristas já que inexiste negociação acerca das cláusulas contratuais com o consumidor.

Examinando o teor do disposto no CDC, vislumbro que, de fato, lícita se faz a existência de cláusulas limitadoras de direitos em contratos firmados com operadora de planos de saúde. Todavia, necessário observar se tais limitações impostas ao contratante encontram-se vinculadas a ato ou a procedimento em relação aos quais o plano contratado oferece cobertura.

Como é sabido, os acordos entabulados junto a planos de saúde tratam-se de contratos de adesão, no qual não se possibilita aos seus beneficiários imiscuírem-se na discussão das cláusulas, prevalecendo, tão somente, a boa-fé.

A esse respeito, o STJ já pacificou o entendimento no sentido de que as relações jurídicas referentes aos planos de saúde devem ser regidas pelo Código de Defesa do Consumidor. Transcrevo o precedente:

> "A operadora de serviços de assistência à saúde que presta serviços remunerados à população tem sua atividade regida pelo Código de Defesa do Consumidor, pouco importando o nome ou a natureza jurídica que adota." (STJ – REsp 267530/SP, Ministro RUY ROSADO DE AGUIAR,

QUARTA TURMA, DJ 12.03.2001 p. 147).

Desta maneira, não pode o fornecedor desequilibrar a relação contratual, impondo restrições aos contratantes e tornando o contrato abusivo, especialmente quando se trata de contrato de adesão.

O ponto fulcral concernente a questão em análise diz respeito à possibilidade de verificar se a paciente Silvana Maria Pereira de Abreu, a qual estava na 19ª semana de gravidez, teria ou não direito de obter internação para o tratamento de seu quadro clínico, o qual consistia na perda de líquido amniótico.

A fim de dirimir tal situação, cabe observar que a paciente em questão teria aderido em 19 de maio de 2006 ao plano de saúde individual "Ambulatorial Hospitalar com Parto – Rede Nosso Plano", o tendo alterado posteriormente para o "Ambulatorial Hospitalar com Parto – Rede Mix", na data de 15 de novembro de 2006. Do dia em que aderiu ao plano para o que veio efetivamente a precisar de atendimento médico, ou seja, em 26 de agosto de 2006, a paciente contava com 98 dias de adesão, sendo que a carência para a utilização do referido plano é de 180 dias, conforme faz a prova o tópico 14.2.3 (referente a carência) do contrato acostado às fls. 24/27. Mencionada cláusula dispõe que, *in verbis*:

> "14.2.3 Cento e oitenta (180) dias para atendimento psiquiátrico ambulatorial ou de internação, internação hospitalar clínica ou cirúrgica, procedimentos de cineangiocoronariografia, cobaltoterapia, radiologia, quimioterapia, densitometria óssea, laparoscopia diagnóstica ou cirúrgica, litotripsia, ressonância magnética, tomografia computadorizada, hemodiálise e diálise peritonial, hemoterapia ambulatorial, estudos hemodinâmicos, exames de genética, exames de medicina nuclear, cirurgias oftalmológicas em nível ambulatorial."

Todavia, no intento de confrontar esta cláusula contratual, a Sra. Silvana Maria Pereira de Abreu, sustentou que em "(...)se tratando de caso de emergência, claramente um fato que exorbita a vontade da pessoa, não se deve admitir que o paciente aguarde o prazo de carência, na hipótese destes autos, para o atendimento das necessidades da promovente, 180 (cento e oitenta) dias, tanto pela abusividade e desacordo para com o sistema de proteção ao consumidor (art. 51, e incs, da Lei 8.078-90), como pelo risco de vida que pode daí advir." (fl. 268)

De fato, a ausência de complementação do tempo de carência do plano contratado não possuía o condão de desobrigar as partes demandadas de prestarem o devido socorro para a paciente, na situação delicada em que a mesma se encontrava.

Sobre este ponto em especifico, é pacífica a jurisprudência do STJ:

> "Consumidor. Recurso especial. Seguro saúde. **Recusa de autorização para a internação de urgência. Prazo de carência. Abusividade da cláusula.** Dano moral. - Tratando-se de contrato de seguro-saúde sempre haverá a

> possibilidade de conseqüências danosas para o segurado, pois este, após a contratação, costuma procurar o serviço já em evidente situação desfavorável de saúde, tanto a física como a psicológica. - **Conforme precedentes da 3.ª Turma do STJ, a recusa indevida à cobertura pleiteada pelo segurado é causa de danos morais, pois agrava a sua situação de aflição psicológica e de angústia no espírito.** Recurso especial conhecido e provido." (REsp 657.717/RJ, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 23/11/2005, DJ 12/12/2005, p. 374) (destacamos)

Entrementes, tentando se eximir desta responsabilidade, o Hospital Antônio Prudente (fl. 228) alegou que "(...) mesmo diante de um possível quadro de Urgência e Emergência, o qual demandaria uma carência de 24 horas, a cobertura a ser oferecida pelo Plano de Saúde limita-se ao Atendimento Ambulatorial (destacamos), conforme podemos observar dos termos da Resolução CONSU nº 13, em seus artigos 2º, caput e parágrafo único, bem como, 3º, caput e § 1º, abaixo transcrito:

> "Art. 2º O plano ambulatorial deverá garantir cobertura de urgência e emergência, limitada até as primeiras 12 (doze) horas do atendimento.
> Parágrafo Único. Quando necessária, para a continuidade do atendimento de urgência e emergência, a realização de procedimentos exclusivas da cobertura hospitalar, ainda que na mesma unidade prestadora de serviços e em tempo menor que 12 (doze) horas, a cobertura cessará, sendo que a responsabilidade financeira, a partir da necessidade de internação, passará a ser do contratante, não cabendo ônus à operadora."
>
> "Art. 3º Os contratos de plano hospitalar devem oferecer cobertura aos atendimentos de urgência e emergência que evoluírem para internação, desde a admissão do paciente até a sua alta ou que sejam necessária à preservação da vida, órgãos e funções.
> § 1º. No plano ou seguro do segmento hospitalar, quando o atendimento de emergência for efetuado no decorrer dos períodos de carência, este deverá abranger cobertura igualmente àquela fixada para o plano ou seguro do segmento ambulatorial, não garantindo, portanto, cobertura para internação." (destacamos)

Esta questão fora bem analisada pelo magistrado de primeiro grau de jurisdição, que proferiu sua bem sedimentada sentença nos seguintes termos (fl. 217), *in verbis*:

> "Argumentou o promovido que, mesmo nos casos de urgência e emergência, a cobertura é garantida apenas nas primeiras 12 horas, conforme Art. 2º da Resolução nº 13 do CONSU, que assim estabelece:
>
> Art. 2º **O plano ambulatorial deverá garantir cobertura de urgência e emergência limitada até as primeiras 12 (doze) horas de atendimento.** (grifamos).

Inobstante o dispositivo citado, já é entendimento sumulado pelo Superior Tribunal de Justiça o de que, verbis:

> Súmula 302. É abusiva a cláusula contratual de plano de saúde que limita no tempo a internação hospitalar do segurado." (grifamos)

Como visto, não assiste razão ao hospital, bem como à cooperativa demandada, uma vez que a aplicação do supracitado dispositivo encontra óbice, de igual modo, na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, a qual transcrevo:

> "Consumidor. Recurso especial. Seguro saúde. **Recusa de autorização para a internação de urgência. Prazo de carência. Abusividade da cláusula. Dano moral.** - Tratando-se de contrato de seguro-saúde sempre haverá a possibilidade de conseqüências danosas para o segurado, pois este, após a contratação, costuma procurar o serviço já em evidente situação desfavorável de saúde, tanto a física como a psicológica. - Conforme precedentes da 3.ª Turma do STJ, a recusa indevida à cobertura pleiteada pelo segurado é causa de danos morais, pois agrava a sua situação de aflição psicológica e de angústia no espírito. Recurso especial conhecido e provido." (REsp 657.717/RJ, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 23/11/2005, DJ 12/12/2005, p. 374) (destacamos)
>
> *****
>
> "AGRAVO REGIMENTAL. ACÓRDÃO FUNDAMENTADO EM RESOLUÇÃO. VIA IMPRÓPRIA. FALTA DE PREQUESTIONAMENTO DO DISPOSITIVO DE LEI FEDERAL APONTADO. SÚMULA 282 DO STF. **PLANO DE SAÚDE. LIMITAÇÃO DO TEMPO DE INTERNAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 302 DO STJ. RECURSO IMPROVIDO.** 1. Nos termos do consolidado entendimento deste STJ, portarias, circulares e resoluções não se encontram inseridas no conceito de lei federal para o efeito de interposição do recurso especial. 2. O dispositivo de lei federal apontado como violado pelo acórdão recorrido, cuja aplicação, supostamente, teria sido afastada pela incidência da referida resolução, não se encontra prequestionado pelo acórdão recorrido, uma vez que este apenas confirmou a existência do dever de indenizar o recorrido pelos danos materiais, sem, contudo, haver debate acerca da questão alcançada pelo dispositivo apontado como violado - prazo máximo de vinte e quatro horas para a cobertura dos casos de urgência e emergência. 3. **Não fosse a falta de cumprimento dos pressupostos de admissibilidade do presente recurso especial, ainda assim não prosperaria a pretensão da recorrente no sentido de limitar a indenização por danos materiais ao que foi despendido apenas nas primeiras doze horas de tratamento da emergência, mediante aplicação da citada resolução, tendo em vista o disposto na súmula 302 do STJ: "É abusiva a cláusula contratual de plano de saúde que limita no tempo a internação hospitalar do**

> **segurado.** 4. Agravo regimental improvido." (AgRg no REsp 1197029/CE, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 16/11/2010, DJe 22/11/2010) (destacamos)
>
> *****
>
> "DIREITO CIVIL E DO CONSUMIDOR. **PLANO DE SAÚDE. LIMITAÇÃO TEMPORAL DE INTERNAÇÃO. CLÁUSULA ABUSIVA. CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR, ART. 51-IV**. UNIFORMIZAÇÃO INTERPRETATIVA. PREQUESTIONAMENTO IMPLÍCITO. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO. I - **É abusiva, nos termos da lei (CDC, art. 51-IV), a cláusula prevista em contrato de seguro-saúde que limita o tempo de internação do segurado. II – Tem-se por abusiva a cláusula, no caso, notadamente em face da impossibilidade de previsão do tempo da cura, da irrazoabilidade da suspensão do tratamento indispensável, da vedação de restringir-se em contrato direitos fundamentais e da regra de sobredireito, contida no art. 5º da Lei de Introdução ao Código Civil,** segundo a qual, na aplicação da lei, o juiz deve atender aos fins sociais a que ela se dirige a às exigências do bem comum. III – Desde que a tese jurídica tenha sido apreciada e decidida, a circunstância de não ter constado do acórdão impugnado referência ao dispositivo legal não é obstáculo ao conhecimento do recurso especial." (REsp 251.024/SP, Rel. Ministro SÁLVIO DE FIGUEIREDO TEIXEIRA, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 27/09/2000, DJ 04/02/2002, p. 270) (destacamos)

Diante dos fatos acima delineados, observa-se a inexistência de excludente de ilicitude pelo exercício regular de um direito no caso em questão.

Outrossim, inquestionável o nexo causal entre a omissão do Hospital Antônio Prudente e da Cooperativa Hapvida e o fato danoso, qual seja, a negativa de autorização do serviço de internação para a paciente.

Quanto a fixação do quantum indenizatório, a dificuldade de sua mensuração em casos de danos morais é de complexa aferição. Em verdade, é impossível tarifar em dinheiro o sentimento íntimo de dor de uma pessoa, mas a compensação monetária se presta a suavizar, nos limites das forças humanas, os males injustamente produzidos.

Convém recordar, entretanto, que a fixação do quantum pertinente à condenação civil deve observar a orientação que a jurisprudência dos Tribunais tem consagrado no exame do tema, notadamente no ponto em que o magistério jurisprudencial, pondo em destaque a dupla função inerente à indenização civil por danos morais, enfatiza, quanto a tal aspecto, a necessária correlação entre o caráter punitivo da obrigação de indenizar, de um lado, e a natureza compensatória referente ao dever de proceder à reparação patrimonial, de outro.

Definitiva, sob tal aspecto, a lição de CAIO MÁRIO DA SILVA PEREIRA ("Responsabilidade Civil", p. 55 e 60, itens ns. 45 e 49, 8ª ed., 1996, Forense), cujo magistério assim discorre sobre o tema:

> "Quando se cuida do dano moral, o fulcro do conceito ressarcitório acha-se deslocado para a convergência de duas forças: 'caráter punitivo' para que o causador do dano, pelo fato da condenação, se veja castigado pela ofensa que praticou; e o 'caráter compensatório' para a vítima, que receberá uma soma que lhe proporcione prazeres como contrapartida do mal sofrido.
> (...)
> O problema de sua reparação deve ser posto em termos de que a reparação do dano moral, a par do caráter punitivo imposto ao agente, tem de assumir sentido compensatório. (...). Somente assumindo uma concepção desta ordem é que se compreenderá que o direito positivo estabelece o princípio da reparação do dano moral. A isso é de se acrescer que na reparação do dano moral insere-se uma atitude de solidariedade à vítima (Aguiar Dias).
> A vítima de uma lesão a algum daqueles direitos sem cunho patrimonial efetivo, mas ofendida em um bem jurídico que em certos casos pode ser mesmo mais valioso do que os integrantes de seu patrimônio, deve receber uma soma que lhe compense a dor ou o sofrimento, a ser arbitrada pelo juiz, atendendo às circunstâncias de cada caso, e tendo em vista as posses do ofensor e a situação pessoal do ofendido. Nem tão grande que se converta em fonte de enriquecimento, nem tão pequena que se torne inexpressiva. Mas é certo que a situação econômica do ofensor é um dos elementos da quantificação, não pode ser levada ela ao extremo de se defender que as suas más condições o eximam do dever ressarcitório". (grifei)

Ainda sobre o tema, qual seja, de que o valor fixado não deve ser tão expressivo, sob pena de representar enriquecimento sem causa, nem tão diminuto, a ponto de se tornar irrisório, transcrevo julgados da Superior Corte de Justiça:

> "O valor de uma indenização por dano moral deve ser estipulado levando-se em conta as condições pessoais dos envolvidos, para se evitar que a quantia a ser paga pareça mais um 'prêmio' ao ofendido, indo muito além da recompensa ao desconforto, por desproporcional ao padrão econômico da vítima" (STJ – 4ª Turma, Rel. Min. César Asfor Rocha – J. 22/01/2001).
>
> * * * * *
>
> "O arbitramento da condenação a título de dano moral deve operar-se com moderação, proporcionalmente ao grau de culpa, ao porte empresarial das partes, suas atividades comerciais, e, ainda, ao valor do negócio, orientando-se o juiz pelos critérios sugeridos pela doutrina e pela jurisprudência, com razoabilidade, valendo-se de sua experiência e do bom senso, atento à realidade da vida, notadamente à situação econômica atual, e às peculiaridades de cada caso". (STJ – Resp. nº 173.366 – SP – 4ª T. Rel. Min. Sávio Figueiredo Teixeira – DJU 3/5/1999).

Isto posto, entendo que o valor pleiteado pela Sra. Silvana Maria Pereira de Abreu, na quantia de R$ 130.000,00 (cento e trinta mil reais), não se coaduna com

as especificidades do caso em apreço, razão pela qual mantenho o valor indenizatório fixado pela instância a quo, o qual foi arbitrado à quantia de R$ 15.000,00 (quinze mil reais), valor que se mostra razoável e adequado ao caso em tablado.

Em face de todas essas considerações, entendo pelo desprovimento dos apelos interpostos por ambas as partes, mantendo a sentença de primeiro grau em sua totalidade, a fim de conceder o dano moral e mantê-lo em R$ 15.000,00 (quinze mil reais), quantia que se mostra adequada às peculiaridades do processo.

DISPOSITIVO

Diante do exposto, conheço dos recursos, mas para rejeitar as preliminares suscitadas e, no mérito, negar-lhes provimento, mantendo a sentença de primeiro grau em todos os seus termos, a fim de condenar o Hospital Antônio Prudente e a HAPVIDA – Assistência Médica LTDA. ao pagamento de R$ 15.000,00 (quinze mil reais) à Sra. Silvana Maria de Abreu, em decorrência dos danos morais por ela sofridos. Juros de mora de 1% ao mês, a partir da citação válida (Art. 405 do CC).

É como voto.

Fortaleza, 20 de agosto de 2011.

PROCESSO Nº 356081-51.2000.8.06.0001/1.
APELAÇÃO CÍVEL.
APELANTE: SIGISBERTO MATIAS XAVIER.
APELADO: ESTADO DO CEARÁ.
RELATOR: DESEMBARGADOR CLÉCIO AGUIAR DE MAGALHÃES.

EMENTA:
PROCESSO CIVIL. APELAÇÃO. PRETENSÃO INDENIZATÓRIA. DIVULGAÇÃO DE INFORMAÇÃO CONFIDENCIAL. INQUÉRITO POLICIAL MILITAR. RESPONSABILIDADE OBJETIVA DO ESTADO. DANO MORAL RECONHECIDO. APELO CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO.

1. Fundamento do apelo é a divulgação de informação contida em documento militar confidencial que causou dano ao investigado.
2. Os atos de investigação, sindicância, inquérito, e processo promovidos pelo Poder Público são verdadeiros serviços públicos, e sobre eles recaem os princípios da Legalidade, Impessoalidade, Moralidade, Publicidade e Eficiência, que quando descumpridos e ignorados, podem causar atos ilícitos, inúmeros constrangimentos e dissabores aos investigados, tanto na vida pública como privada.
3. Cabe à Corregedoria Geral da Polícia Militar que é o Órgão Fiscalizador dos procedimentos militares, através de sua Comissão Permanente de Correição Geral, o dever legal de realizar a correição de todas as irregularidades no IPM e quando deixa de cumprir esse dever, realiza conduta omissiva, passível de ser causa de danos ao investigado tendo em vista a ineficiência do serviço ou do dever de fiscalizar, ressaltando que a omissão se assevera quando referido órgão deixa de tomar providências face aos requerimentos do investigado no sentido dessa correição.
4. O Inquérito Policial Militar como todos os outros procedimentos investigatórios em um Estado de Direito comporta a presunção de inocência e antes de sentença condenatória transitada em julgado a publicidade de seu conteúdo causa grande constrangimento na vida pública e privada dos investigados e entre seus companheiros de trabalho. É de interesse social a manutenção do sigilo no

Inquérito Policial Militar, e a divulgação de seus conteúdos viola o art. 28, X, do Estatuto dos Militares.
5. O encarregado do procedimento investigatório militar, ao descumprir os deveres legais, acaba por expor ao ridículo o investigado quando não toma qualquer providência pelos atos omissivos e comissivos praticados pelo Poder Público, trazendo dano moral notório e irreversível que dispensa a respectiva prova.
6. Dano moral reconhecido, mas considerado abusivo o valor requerido, uma vez que ultrapassa a razoabilidade lógico-jurídica.
7. Recurso conhecido e parcialmente provido.

ACÓRDÃO

Acordam os Desembargadores integrantes da Quinta Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, por uma de suas Turmas, por unanimidade, em conhecer da apelação cível interposta para dar-lhe parcial provimento, tudo de conformidade com o voto do e. Relator.

Fortaleza, 19 de outubro de 2011.

RELATÓRIO

Trata a espécie de Apelação Cível interposta por Sigisberto Matias Xavier em face de sentença exarada pelo Juízo da 6ª Vara da Fazenda Pública da Comarca de Fortaleza, nos autos do Processo n.º 2000.0096.1081-3/0.

A Ação de Indenização por Danos Materiais e Morais foi intentada pelo apelante em desfavor do Estado do Ceará, objetivando a condenação do demandado ao pagamento da quantia de 1.209.600,00 (um milhão e duzentos e nove mil e seiscentos reais) à título da dano moral (fls. 02 ut 06).

Nos autos da referida ação indenizatória, o autor narrou que foi caluniado, difamado e injuriado, através de ofício confidencial, subscrito pelo Comandante do 2º Batalhão Policial Militar, bem como com a consequente instauração de procedimentos administrativos disciplinar e criminal contra o demandante.

Instado a manifestar-se, o Estado do Ceará, em resumo, contestou a tese inaugural alegando que o chefe do Estado Maior agiu no exercício regular de direito, inclusive procedendo licitamente com a instauração de procedimentos administrativos disciplinar e criminal para averiguar as situações fáticas, sem qualquer vontade de atingir a honra subjetiva e objetiva do requerente.

No mais, contradita o "quantum" requerido pela arbitrariedade do valor e por falta de motivo para ensejar o dano moral pretendido pelo suplicante e por fim, postula pela improcedência do pedido autoral (fls. 150 usque 160).

Intimado a pronunciar-se, o Membro Ministerial opinou pela oitiva das testemunhas indicadas pelas partes (fls. 163v.), a qual foi acolhida pelo Juízo de 1º Grau.

Após a oitiva das testemunhas às fls. 173 a 179, as partes juntaram memoriais (fls. 187 ut 197 e 199 usque 204).

Às fls. 206/208, o Parquet emitiu parecer concluindo pela improcedência da ação.

Julgando a lide (fls. 210 a 214), o MM Juiz convencido da existência do execício regular de um direito, entendeu improcedente o pedido de indenização na questão trazida ao feito.

Analisando a conduta dos oficiais superiores da PM/CE, quanto à elaboração do documento confidencial, que deu origem ao IPM, concluiu o Magistrado singular, que foram observados os princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa, tudo em conformidade com o cumprimento do dever legal.

O autor sucumbente intentou embargos de declaração (fls. 216/219), os quais foram rejeitados pelo Juízo a quo (fls. 220 a 222).

No recurso apelatório de fls. 224 ut 239, o recorrente postulou pela anulação ou reforma da decisão impugnada, argumentando principalmente o dano causado pela repercussão do documento confidencial levado ao conhecimento de terceiros antes da instauração do procedimento inquisitorial.

Na oportunidade, o recorrente afirmou que a sentença monocrática afastou-se do substrato fático e jurídico e, portanto, da própria causa de pedir, tornando-a nula e posteriormente passou a descrever as razões para justificar a reforma da decisão recorrida, asseverando as ilações difamatórias e injuriosas assacadas contra o postulante, além dos prejuízos experimentados pelo evento danoso.

Por derradeiro, comentou os elementos caracterizadores do dano, acrescentando posicionamentos doutrinários e jurisprudenciais para motivar a tese defendida e ratificou a existência do dano moral no caso em comento.

O recorrido apresentou contrarrazões ao recurso de apelação às fls. 242 usque 259, aduzindo que o ônus probatório dos fatos constitutivos do direito cabe ao autor, não tendo sido provado o dano, nem o nexo causal entre a ação e o prejuízo vivificado, uma vez que não foi constatado o cometimento de qualquer abuso por parte dos agentes estatais, os quais agiram em estrito cumprimento do dever legal.

Finalmente, o recorrido roga pela manutenção da sentença verberada à vista da excludente do exercício regular do direito e consequente inexistência de responsabilidade do Estado, acoplando julgados sobre o assunto em tela.

Às fls. 260, o Agente Ministerial corrobora o parecer anteriormente emitido.

Distribuídos os autos primeiramente ao e. Desembargador José Cláudio Nogueira Carneiro e posteriormente redistribuídos ao e. Desembargador João de Deus

Barros Bringel e à e. Desembargadora Maria Nailde Pinheiro Nogueira, vieram-me conclusos em redistribuição para compor o acervo do meu gabinete.

Provocada a Representante do "Parquet" às fls. 268/270, esta pronunciou-se pela confirmação da decisão atacada.

É o relatório.

VOTO

Dessa forma, conheço do recurso interposto, uma vez presentes seus requisitos intrínsecos e extrínsecos de admissibilidade.

Vê-se que não há controvérsia quanto à existência do documento confidencial e a instauração do inquérito policial militar (IPM) contra o suplicante, nem sobre o fato de ter sido divulgada a informação sigilosa, como reconhece o próprio Tenente Coronel, responsável pela diligência.

O cerne da questão encontra-se na responsabilidade do Estado no episódio ocorrido e o dano causado ao autor da ação.

É sabido que o Inquérito Policial Militar possui natureza inquisitiva, ou seja, busca colher elementos informativos a fim de determinar a autoria e materialidade delitivas, portanto, via de regra, não há de se falar em contraditório e ampla defesa, eis que ainda não há acusação, não há processo-crime, de maneira que são princípios próprios do sistema acusatório.

Pacífica é a jurisprudência produzida pelo Tribunal competente sob a matéria em relevo, a saber:

> EMENTA. HABEAS CORPUS. IPM. IMPEDIMENTO DE POLÍCIA JUDICIÁRIA MILITAR. DEVIDO PROCESSO LEGAL. Não há falar em impedimento ou suspeição da Autoridade policial. Precedentes do STF. Inconfundíveis o processo administrativo ou o processo administrativo disciplinar com o Inquérito Policial Militar. O processo administrativo é um conjunto de atos coordenados que se destina à solução de controvérsias no âmbito administrativo; e o processo administrativo disciplinar é o meio de apuração e punição de faltas graves dos servidores públicos. Já o Inquérito Policial Militar é procedimento policial - instrução provisória, preparatória, informativa - destinada à coleta de elementos que permitam ao MPM formar a opinio delicti para a propositura da ação penal. **Os princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa que informam os processos judicial e administrativos não incidem sobre o IPM** (doutrina e jurisprudência). Ordem denegada por falta de amparo legal. Unânime. (STM HC 33828 AM 2003.01.033828-4, Rel. Min. José Júlio Pedrosa, DJ 17/09/2003). Grifo nosso.

A presente questão desdobra-se da teoria do inquérito policial militar e de sua prática nas instituições de correição militar. Trata-se de responsabilidade civil do

Estado prevista na Constituição Federal Brasileira de 1988, em que a mera ocorrência de ato lesivo causado à vítima pelo Estado e seus agentes no comando do inquérito policial militar, faz emergir o dever de indenizar, em regra, independentemente da caracterização da culpa dos agentes estatais, como versa o art. 37, § 6º, da Constituição Republicana Brasileira:

> "Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:
> (...)
> § 6º As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa."

Assim também dispôs o Código Civil em seu art. 43 (antigo art. 15 do Código Civil de 1916):

> "Art. 43. As pessoas jurídicas de direito público interno são civilmente responsáveis por atos dos seus agentes que nessa qualidade causem danos a terceiros, ressalvado direito regressivo contra os causadores do dano, se houver, por parte destes, culpa ou dolo."

Desse modo, quando existir evidente e comprovada culpa, por negligência, imprudência ou imperícia ou dolo praticados pelos agentes públicos tanto da Corregedoria Geral da Polícia Militar como do próprio Comando da Polícia Militar, na condução e investigação de ilícitos em inquérito policial militar impõe-se a responsabilidade civil do Estado.

Assevere-se que os atos de investigação, sindicância, inquérito, e processo promovidos pelo Poder Público são verdadeiros serviços públicos, e sobre eles recaem os princípios da Legalidade, Impessoalidade, Moralidade, Publicidade e Eficiência, que quando descumpridos e ignorados, podem causar atos ilícitos, inúmeros constrangimentos e dissabores aos investigados, tanto na vida pública como privada. Não obstante a isso, a responsabilidade civil decorre desses descumprimentos de deveres legais, e caso ensejado por agente público, esta responsabilidade é do Poder Público.

Por outro lado, não é razoável que a Administração Pública deixe de investigar, sob pena de, omitindo-se, não observar seus deveres legais. Assim, havendo ação e omissão específica do Estado em não cumprir os deveres legais de investigar, de qualificar devidamente o investigado como indiciado, enfim, os fatos decorrentes de ato ilícito, presente está a inércia administrativa.

A legislação pertinente descreve alguns deveres fundamentais que seus agentes devem cumprir para a eficiência, segurança e regularidade do inquérito policial militar, conforme dispõe o art. 28, IV, do Estatuto dos Militares, lei nº 6.880/80:

> "Art. 28. O sentimento do dever, o pundonor militar e o decoro da classe impõem, a cada um dos integrantes das Forças Armadas, conduta moral e profissional irrepreensíveis, com a observância dos seguintes preceitos de ética militar:
> (…)
> IV - cumprir e fazer cumprir as leis, os regulamentos, as instruções e as ordens das autoridades competentes;
> V - ser justo e imparcial no julgamento dos atos e na apreciação do mérito dos subordinados;"

O art. 12, alínea "d" e 13, alínea "a", do Código de Processo Penal Militar dispõe que:

> Art. 12. Logo que tiver conhecimento da prática de infração penal militar, verificável na ocasião, a autoridade a que se refere o § 2º do art. 10 deverá, se possível:
> (…)
> d) colher todas as provas que sirvam para o esclarecimento do fato e suas circunstâncias.
>
> Art. 13. O encarregado do inquérito deverá, para a formação deste:
> a) tomar as medidas previstas no art. 12, se ainda não o tiverem sido;
> (…).

Entretanto, cabe à Corregedoria Geral da Polícia Militar que é o Órgão Fiscalizador dos procedimentos militares, através de sua Comissão Permanente de Correição Geral, o dever legal de realizar a correição de todas as irregularidades no IPM e quando deixa de cumprir esse dever, realiza conduta omissiva, passível de ser causa de danos ao investigado tendo em vista a ineficiência do serviço ou do dever de fiscalizar, ressaltando que a omissão se assevera quando referido órgão deixa de tomar providências face aos requerimentos do investigado no sentido dessa correição.

O Inquérito Policial Militar como todos os outros procedimentos investigatórios em um Estado de Direito comporta a presunção de inocência e antes de sentença condenatória transitada em julgado a publicidade de seu conteúdo causa grande constrangimento na vida pública e privada dos investigados e entre seus companheiros de trabalho. É de interesse social a manutenção do sigilo no Inquérito Policial Militar, e a divulgação de seus conteúdos viola o art. 28, X do Estatuto dos Militares que versa:

> Art. 28. ...
> X - abster-se de tratar, fora do âmbito apropriado, de matéria sigilosa de qualquer natureza;

O direito à informação verdadeira dos cidadãos perde força neste conflito frente à preponderância da presunção de inocência prevista no art. 5º, LVII da CF/88 e ao dever de sigilo no inquérito contidos nas normas citadas, sendo que a divulgação

dos conteúdos e da existência do IPM em regra acertam a honra, imagem, reputação e a própria vida privada do investigado, mais ainda quando posteriormente é absolvido ou os fatos a ele imputados são inexistentes ou ainda equivocados, como muitas vezes pode decorrer das imperfeições humanas.

Ocorre que das culpas por ação ou omissão no Inquérito Policial Militar em regra decorrem legítimos danos morais sofridos, causados pelo Poder Público, que com a Constituição Federal de 1988, artigo 5º, incisos V e X, foram definitivamente acolhidos em nosso Ordenamento Jurídico apesar de já vir saltando da interpretação do artigo 927 do Código Civil, na parte onde versa "violar direito ou causar prejuízo a outrem, fica obrigado a reparar o dano" .

Porquanto, no caso em questão, a ausência de sigilo do ofício, trouxe ao investigado, vexame, constrangimento e dissabor, devido à vulneração em sua confiabilidade, na medida em que o investigado indiciado foi processado por ato ilícito que não dera causa, e que ainda macula sua honra e negativa seus dados e nome na Instituição Militar de forma absolutamente abusiva e repugnante, o que repercute de forma negativa na honra e limitação na imagem do policial perante sua família e seus colegas de trabalho ou reserva, causando-lhe verdadeiro dano moral.

É de se ressaltar que o encarregado do procedimento investigatório militar, ao descumprir os deveres legais, em regra, acaba por expor ao ridículo o investigado ao não tomar quaisquer providências pelos atos omissivos e comissivos praticados pelo Poder Público, trazendo dano moral notório e irreversível que dispensa a respectiva prova como bem se manifesta em numerosos precedentes o Superior Tribunal de Justiça:

> EMENTA: (...) Não há falar em prova do dano moral, mas, sim, na prova do fato que gerou a dor, o sofrimento, sentimentos íntimos que o ensejam. Provado assim o fato, impõe-se a condenação, sob pena de violação ao artigo 334 do Código de Processo Civil." (STJ Resp 86271/SP. Rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito. Pub. DJ. de 09.12.1997 – no mesmo sentido Resp 145297/SP, pub. DJ. de 14.12.1998.)

A doutrina e a própria lei já tipificam hipóteses em que há o dever de reparar mesmo em casos de ato lícito. Como exemplos temos os arts. 1.285, 1.289, 1.293 e 1.385, §3º do Código Civil.

Nos julgados dos Tribunais há uma tendência a ser aplicada a responsabilidade objetiva quando dos atos lícitos ou ilícitos praticados, ex vi:

> EMENTA "... - Há necessidade de nexo de causalidade eficaz entre a ação ou omissão do Estado e o dano sofrido pelo lesado. Segundo conceituados administrativistas, para que haja responsabilidade objetiva do Estado, forçoso reconhecer que os atos lesivos devem ser praticados por agentes públicos, por comissão. Se houve omissão, sua responsabilidade será por culpa subjetiva (cf. Lúcia Valle Figueiredo, in Curso de Direito Administrativo, Malheiros Editores, 4a ed., p. 255). É incisiva a lição de Hely Lopes Meirelles, ao afirmar que "na exigência do elemento subjetivo culpa não há qualquer afronta ao princípio objetivo da responsabilidade

> sem culpa, estabelecido no art. 37, § 6º, da CF, porque o dispositivo constitucional só abrange a atuação funcional dos servidores públicos, e não os atos de terceiros e os fatos da Natureza. Para situações diversas, fundamentos diversos" (cf. Direito Administrativo Brasileiro, Malheiros Editores, 24ª ed., ps. 590/591). No mesmo diapasão, da necessidade de apuração da responsabilidade subjetiva no caso de atos omissivos, mas sempre ligada diretamente ao funcionamento do serviço público, é a dissertação de Celso Antônio Bandeira de Mello (cf. Curso de Direito Administrativo, Malheiros Editores, 9ª ed., p. 631)." No mesmo sentido julgados do STJ: RESP 418713/SP, DJ. 08.09.03; RESP 472735/DF, DJ. 25.08.03. (Resp 44500/MG, 2ª Turma, DJ. 09/09/02, Min. Rel. Eliana Calmom).

No evento submetido à Tutela Jurisdicional, convencido está este Magistrado da ocorrência de negligência do Comando da Polícia Militar quando da fiscalização da manutenção do sigilo do documento confidencial e o consequente prejuízo experimentado pelo requerente, devendo o Estado reparar o dano causado.

Reconhecido o dano e o dever de indenizar, cabe, agora, analisar o montante compensatório, uma vez que o valor requerido é totalmente desarrazoado e desproporcional ao fato danoso.

Dito isto, observados os casos que guardam similitude ente si, e no cotejo das circunstâncias de fato que envolveram o acontecimento e a repercussão na esfera do direito da parte autora, entendo que deve ser fixada a quantia de R$ 5.000,00 (cinco mil reais).

Por todo o exposto, conheço do presente recurso, mas para dar-lhe parcial provimento, reformando a sentença de 1ª Instância para condenar o Estado ao Pagamento do valor de R$ 5.000,00 (cinco mil reais), que deverá ser corrigido nos termos legais a partir da interposição da ação, acrescido de juros de mora de 6% (seis por cento) a partir da citação do Estado do Ceará, a título dos danos imateriais suportados.

Considerando que fora julgado parcialmente procedente o pedido, determino a sucumbência total do Estado do Ceará, com base na Súmula 326 do STJ, ora arbitrando os honorários advocatícios em R$500,00 (quinhentos reais).

No que diz com as despesas processuais, fica o Estado isento do pagamento de custas processuais a teor do art. 10, I da Lei Estadual nº 12.381/1994, que determina a isenção de custas, despesas judiciais e emolumentos a todas as Pessoas Jurídicas de Direito Público, conforme consta:

> Art. 10 - São isentos de pagamento de custas:
> I - o Estado do Ceará e seus Municípios, bem como os respectivos órgãos autárquicos e fundacionais;
> Parágrafo Único - Excluem-se da isenção prevista no Inciso I deste Artigo a obrigação de reembolsar as despesas judiciais feitas pela parte vencedora;
> (…)

É como voto.

PROCESSO Nº 37014-74.2003.8.06.0000/0.
APELAÇÃO CÍVEL.
APELANTE: MARIA VALDENI BARBOSA MOITAS.
APELADO: IMPERIAL PALACE HOTEL S.A.
RELATOR: DESEMBARGADOR FERNANDO LUIZ XIMENES ROCHA.

EMENTA: PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO DE COBRANÇA. PRESCRIÇÃO TOTAL. INOCORRÊNCIA. APELO PROVIDO. JULGAMENTO IMEDIATO DA CAUSA. ART. 515, §1º, CPC. PRETENSÃO FUNDADA EM TÍTULO DE PROPRIEDADE CONVERTIDO EM AÇÕES, SEM IMPUGNAÇÃO DA PARTE. IMPROCEDÊNCIA DA DEMANDA.

1. Visando esta ação a cobrança de valores do Imperial Palace Hotel, sob o fundamento de este não haver cumprido obrigações pertinentes a Título de Participação Proprietária adquirido pela autora e corporificadas no Contrato de nº 0238, datado de 14.11.1963, eventual prescrição vintenária não deveria ser contada conforme decidiu a sentença de piso, ou seja, a partir da assinatura do mencionado pacto.

2. É que, conferido à autora o direito de uso e gozo, por si ou por até quatro pessoas por aquela indicadas, de um apartamento, pelo período de quinze dias, anualmente, a partir do funcionamento do hotel Imperial Palace, bem como de uma parcela da exploração comercial do mencionado empreendimento (Cláusulas 5ª e 9ª), tem-se que as obrigações em tela somente iniciar-se-iam a partir do funcionamento do citado empreendimento, cuja prova, porém, caberia ao réu fazer (art. 333, II, do CPC), do que não se desincumbiu.

3. Ademais, anualmente renovava-se o direito de a autora utilizar um apartamento do hotel, bem como de receber renda líquida da exploração do negócio, de modo que prescreveria *in casu* apenas parcialmente o direito vindicado, no tocante a pretensões anteriores a 10.08.1978, ou seja, vinte anos do ajuizamento desta demanda.

4. Uma vez afastada a extinção do feito, deve-se analisar o mérito da causa, em obséquio ao §1º do art. 515 do CPC. Precedentes do STJ: REsp 508363/PR e REsp 908599/PE.

5. Convertidos em ações do Hotel Imperial S.A os Títulos de

Propriedade de cujas obrigações se busca indenização, sem que contra esse fato haja qualquer impugnação na presente demanda, deixou de haver direito à cobrança relativa aos direitos consignados naquele pacto primitivo, mas tão somente do valor atinente à participação societária, do que não cuida esta lide.
6. Apelo provido para afastar a extinção do feito, declarar a prescrição de quaisquer pretensões anteriores a 10.08.1978, e, em julgamento da causa, julgar improcedentes os pedidos autorais, motivo pelo qual arbitro os honorários em 10% (dez por cento) do valor da causa, nos termos do art. 20, §4º, do CPC.

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 e dar-lhe provimento, mas, em julgamento da causa, declarar improcedentes os pedidos autorais, tudo de conformidade com o voto do Relator.

Fortaleza, 06 de junho de 2011.

RELATÓRIO

Trata-se de Apelação Cível interposta por Maria Valdeni Barbosa Moitas em face da sentença proferida pelo Juízo da 7ª Vara Cível desta Comarca, a qual julgou extinto o processo em face da ocorrência de prescrição vintenária (fls. 178-180).

Argui a recorrente, em suma (fls. 182-185), que somente após realização de Assembleia Geral, em 26.12.1970, ocasião em que a houve a transformação da empresa em sociedade por ações, convertendo-se os títulos de capitalização, é que teria surgido o interesse em ajuizar esta demanda, e que, diante disso, não teria ocorrido a mencionada prescrição vintenária.

Alega, outrossim, que inexiste prescrição na espécie em virtude da possibilidade de o proprietário de um título não fazer uso dos direitos neste corporificados, pendendo, ainda, no caso, condição suspensiva da eficácia de negócio jurídico.

Contrarrazões às fls. 189-191.

Inexistindo interesse público a que alude o art. 53, VI, do Regimento Interno deste Tribunal, deixei de submeter o feito à Procuradoria-Geral de Justiça.

É o relatório.

VOTO

Conheço do presente recurso, uma vez presentes os requisitos intrínsecos e extrínsecos de admissibilidade.

Na espécie, equivocou-se a magistrada de primeira instância ao declarar prescrição vintenária total do direito da autora.

É que o prazo fatal não deve ser contado a partir da assinatura do Contrato de nº 0238, datado de 14.11.1963 (fls. 09-09v), mediante o qual a autora adquiriu do réu um Título de Participação Proprietária, conferindo-lhe o direito de uso e gozo, por si ou por até quatro pessoas por aquela indicadas, de um apartamento, pelo período de quinze dias, anualmente, a partir do funcionamento do hotel Imperial Palace, bem como de uma parcela da exploração comercial do mencionado empreendimento (Cláusulas 5ª e 9ª).

Isso porque as obrigações em tela somente iniciar-se-iam a partir do funcionamento do citado empreendimento, cuja prova, porém, caberia ao réu fazer (art. 333, II, do CPC[1]), do que não se desincumbiu.

Ademais, anualmente renovava-se o direito de a autora utilizar um apartamento do hotel, bem como de receber renda líquida da exploração do negócio, de modo que, na pior das hipóteses, prescreveria parcialmente o direito vindicado.

Assim, deve-se prover o apelo para, tão somente, declarar a prescrição de quaisquer pretensões anteriores a 10.08.1978, ou seja, vinte anos do ajuizamento desta demanda (em 10.08.1998, fl. 02).

Uma vez afastada a extinção do feito, passo a analisar o mérito da causa, em obséquio ao §1º do art. 515 do CPC[2].

Cito:

> […] 4. A Corte Especial do STJ firmou o entendimento segundo o qual, uma vez afastada a prescrição decretada pelo julgador singular, deve a Corte de origem prosseguir no julgamento das questões suscitadas e discutidas no processo, conforme disposição do art. 515, § § 1º e 2º, do CPC. […] (STJ. 2ª Turma. REsp 508363/PR. Relator Ministro HERMAN BENJAMIN. DJe 08.09.2009)

> […] 7. A prescrição, como fundamento para a extinção do processo com resolução de mérito, habilita o Tribunal ad quem, por ocasião do julgamento da apelação, a aprecia-la in totum quando a causa é exclusivamente de direito ou encontra-se devidamente instruída, permitindo o art. 515, §1º, do CPC que o Tribunal avance no julgamento de mérito, sem que isso importe em supressão de instância. Precedentes: RESP 274.736/DF, CORTE ESPECIAL, DJ 01.09.2003; REsp 722410 / SP, DJ de 15/08/2005; REsp 719462 / SP, Rel. Min. Jorge Scartezzini, DJ de 07/11/2005. […] (STJ. 1ª Turma. REsp 908599/PE. Relator Ministro LUIZ FUX. DJe 17.12.2008).

Os Títulos de Propriedade de cujas obrigações se busca indenização foram convertidos em ações do Hotel Imperial S.A, mediante Assembleia Geral Extraordinária, em 26.12.1970 (fls. 132-134), na qual restou consignado que: reunimos os possuidores

de títulos, em Assembleia realizada hoje, às 8,00 horas, na qual deliberaram abrir mão do direito de uso e demais vantagens, dispondo-se mesmo a converter seus títulos em ações da companhia... (fl. 132).

Desse modo, uma vez inexistente qualquer impugnação na presente demanda acerca daquela conversão, já que a autora em nenhum momento pugnou pela declaração de invalidade da respectiva assembleia, deixou de haver direito à cobrança de eventuais obrigações contidas naquele pacto primitivo, mas tão somente do valor atinente à participação societária, do que não cuida esta lide.

Sob tais fundamentos, dou provimento ao apelo para afastar a extinção do feito, declarar a prescrição de quaisquer pretensões anteriores a 10.08.1978, e, em julgamento da causa, julgar improcedentes os pedidos autorais, motivo pelo qual arbitro os honorários em 10% (dez por cento) do valor da causa, nos termos do art. 20, §4º, do CPC[3].

É como voto.

---

[1] CPC, Art. 333. O ônus da prova incumbe: […] II – ao réu, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor. […]

[2] CPC, Art. 515. A apelação devolverá ao tribunal o conhecimento da matéria impugnada. §1º Serão, porém, objeto de apreciação e julgamento pelo tribunal todas as questões suscitadas e discutidas no processo, ainda que a sentença não as tenha julgado por inteiro. […]

[3] CPC, Art. 20. A sentença condenará o vencido a pagar ao vencedor as despesas que antecipou e os honorários advocatícios. Essa verba honorária será devida, também, nos casos em que o advogado funcionar em causa própria.

§1º O juiz, ao decidir qualquer incidente ou recurso, condenará nas despesas o vencido.

§2º As despesas abrangem não só as custas dos atos do processo, como também a indenização de viagem, diária de testemunha e remuneração do assistente técnico.

§3º Os honorários serão fixados entre o mínimo de dez por cento e o máximo de vinte por cento sobre o valor da condenação, atendidos:

a) o grau de zelo do profissional;

b) o lugar de prestação do serviço;

c) a natureza e importância da causa, o trabalho realizado pelo advogado e o tempo exigido para o seu serviço.

§4º Nas causas de pequeno valor, nas de valor inestimável, naquelas em que não houver condenação ou for vencida a Fazenda Pública, e nas execuções, embargadas ou não, os honorários serão fixados consoante apreciação equitativa do juiz, atendidas as normas das alíneas a, b e c do parágrafo anterior.

NÚMERO ÚNICO: 394379-15.2000.8.06.0001/1
TIPO DO PROCESSO: APELAÇÃO em AÇÃO DE EMBARGOS À EXECUÇÃO (PROVISÓRIA) em AÇÃO DE PERDAS E DANOS
ORIGEM: 5ª VARA CÍVEL DA CAPITAL
APELANTE/APELADO (ADESIVAMENTE)/EXECUTADO/RÉU: JOÃO GENTIL JÚNIOR
APELADO/APELANTE(ADESIVAMENTE)/EXEQUENTE/AUTOR: ESPÓLIO DE MARIA DO CARMO CORDEIRO DE ARAÚJO
ÓRGÃO JULGADOR: SEGUNDA CÂMARA CÍVEL
RELATOR: DES. FRANCISCO DE ASSIS FILGUEIRA MENDES

EMENTA: APELAÇÃO EM SEDE DE EMBARGOS À EXECUÇÃO. NÃO CONHECIMENTO. AUSÊNCIA DE PRESSUPOSTO ESSENCIAL À SUA ADMISSIBILIDADE (CABIMENTO): RECURSO INADEQUADO (ART. 475-M, §3º, PRIMEIRA PARTE, DO CPC, ACRESCENTADO PELA LEI Nº 11.232/2005). RECONHECIMENTO *EX OFFICIO*. IMPOSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA FUNGIBILIDADE: INOCORRÊNCIA DE DÚVIDA OBJETIVA SOBRE QUAL O RECURSO CABÍVEL E ERRO GROSSEIRO. RECURSO ADESIVO. SUBORDINAÇÃO AO APELO PRINCIPAL. APELAÇÃO NÃO CONHECIDA. RECURSO ADESIVO PREJUDICADO. DECISÃO MANTIDA.

1. Impõe-se o não conhecimento da apelação por observar ausente pressuposto essencial à sua admissibilidade (cabimento), face à inadequação do recurso interposto, na medida em que a apelante, em vez de se insurgir contra a decisão (publicada no DJCE, em 27/04/2007), que conheceu dos embargos declaratórios, julgando-os improcedentes, mantendo integralmente a sentença (publicada no DJ/CE, em 07/12/2006), que rejeitou integralmente os seus embargos à execução, por meio de agravo de instrumento, conforme previsão expressa na lei de ritos (art. 475-M, § 3º, primeira parte, do CPC, acrescentado pela Lei Nº 11.232/2005, com vigência a partir de 24/06/2006), protocolizou, na verdade, apelação (em 08/05/2007), em flagrante erro grosseiro, fato este que, somado à ausência de dúvida objetiva sobre qual

o recurso cabível, impedem a aplicação do princípio da fungibilidade recursal.
2. As questões afeitas à admissibilidade dos recursos são de ordem pública e, portanto, não são alcançadas pelo instituto da preclusão, devendo, inclusive, ser suscitadas *ex officio* pelo julgador. Daí ser irrelevante se a parte embargada-apelada a suscitou após o manejo de suas contra-razões ou mesmo que a apelação tenha sido recebida pelo juízo *a quo*, vez que o juízo de admissibilidade cabe, precipuamente, à instância *ad quem*.
3. A teor do art. 1.211, do CPC, a lei processual tem eficácia imediata sobre os processos em curso. *Ad argumentandum*, a corrente jurisprudencial majoritária entende que, em matéria de recurso, rege o seu cabimento e a sua admissibilidade a lei vigente à época da prolação da decisão da qual se pretende recorrer, *in casu*, a novel legislação trazida pela Lei Nº 11.232/2005. A vigência da referida norma (24/06/2006) é anterior à prolação da sentença recorrida (27/04/2007) e ao protocolo da apelação (14/11/2007).
4. Dada a aplicabilidade imediata da Lei Nº 11.232/2005, é certo que estamos diante da hipótese tratada na primeira parte, do § 3º, do art. 475-M, do CPC (qual seja, "A decisão que resolver a impugnação é recorrível mediante agravo de instrumento,") e não da sua exceção ("..., salvo quando importar extinção da execução, caso em que caberá apelação."), vez que o ato impugnado não extinguiu a execução (ao contrário, ordenou o seu prosseguimento - fl. 1131), restando respeitado o devido processo legal.
5. Não obstante a interposição do recurso equivocado *sub examine* dentro do prazo previsto para o agravo de instrumento, verificamos não ser cabível, à espécie, a fungibilidade recursal, isto é, o recebimento da apelação como se agravo de instrumento fosse, vez que estamos diante de um erro grosseiro cometido pelo recorrente, destarte, não havendo dúvida objetiva sobre qual o recurso cabível. Ao contrário. A lei, textualmente, indica qual o recurso a ser manejado pela parte (art. 475-M, § 3º, CPC). (PRECEDENTES STJ)
6. Demais disso, incumbe frisar da consequente impossibilidade de cognição do recurso adesivo interposto pelo ESPÓLIO DE MARIA DO CARMO CORDEIRO DE ARAÚJO (fls. 1.223/1.233) em razão de sua subordinação ao apelo principal, conforme se depreende do disposto no

art. 500, *caput* e inciso III, do Código de Processo Civil. (PRECEDENTES TJ/CE E STJ).
7. APELAÇÃO NÃO CONHECIDA. RECURSO ADESIVO PREJUDICADO. DECISÃO MANTIDA.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos da Apelação Cível de Fortaleza Nº 394379-15.2000.8.06.0001/1, em que litigam as partes, acima nominadas, ACORDA A TURMA JULGADORA DA SEGUNDA CÂMARA CÍVEL DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO CEARÁ, por unanimidade de votos, em NÃO CONHECER DA APELAÇÃO à míngua de pressuposto de admissibilidade recursal (cabimento), face à inadequação do recurso interposto, restando, PREJUDICADO, assim, o RECURSO ADESIVO interposto pelo apelado-exequente e, por conseguinte, mantida, *in totum*, a decisão singular que rejeitou integralmente os pedidos contidos nos EMBARGOS À EXECUÇÃO propostos pelo apelante-executado, tudo nos termos do voto do Relator, que integra esta decisão.

RELATÓRIO

Trata-se de recurso de APELAÇÃO CÍVEL (fls. 1.183/1.197), interposto, no prazo legal, por JOÃO GENTIL JÚNIOR, contra sentença exarada às fls. 1.123/1.131 (complementada às fls. 1.178/1.181 pela decisão que julgou improcedentes os embargos declaratórios aforados igualmente pelo ora apelante), proveniente do JUÍZO DA 5ª VARA CÍVEL DA CAPITAL, que, julgando IMPROCEDENTE a AÇÃO DE EMBARGOS À EXECUÇÃO, proposta pelo ora apelante em face do ESPÓLIO DE MARIA DO CARMO CORDEIRO DE ARAÚJO, houve por bem CONDENAR o ora recorrente ao pagamento do montante de R$ 73.840,00 (setenta e três mil, oitocentos e quarenta reais), conforme apurado no item 8º, do laudo pericial, juros compensatórios de 6% (seis por cento) ao ano, a partir do apossamento irregular do imóvel, perdas e danos, além da atualização monetária pelo INPC.

Irresignado com o decisum de fls. 1.123/1.131, o executado, ora apelante, interpôs o recurso sub examine para esta superior instância.

APELAÇÃO: Em suas razões recursais (fls. 1.184/1.197), alega, em síntese, a preliminar de ilegitimidade de parte e de irregularidade da representação processual. No mérito, defende a existência do excesso de execução em virtude da inclusão indevida no quantum debeatur de juros compensatórios de 6% (seis por cento) ao ano, bem como de perdas e danos, ocorrendo violação à coisa julgada e ao título executivo judicial, tendo em vista a condenação, imposta na sentença originária (do

processo de conhecimento), se referir tão somente ao pagamento do montante atualizado do imóvel em questão, acrescido de atualização monetária, tudo com embasamento na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça. Ressalta, ao final, que jamais se discutiu na demanda uma dívida em dinheiro, mas, sim, o valor corrente do imóvel.

À fl. 1.199, repousa despacho do juiz de piso recebendo a apelação no efeito meramente devolutivo, por força do art. 520, inc. V, do Código de Processo Civil.

Comunicação de interposição de AGRAVO DE INSTRUMENTO por parte do ora embargante à fl. 1.201, pugnando a aplicação do duplo efeito ao recurso apelatório, ora em julgamento.

CONTRA-RAZÕES E RECURSO ADESIVO: Intimado na forma da lei, o espólio exeqüente, ora apelado, apresentou CONTRA-RAZÕES (fls.1.211/1.220), oportunidade em que recorreu de forma ADESIVA (fls. 1.223/1.233), aduzindo, em suas razões recursais (fls. 1.224/1.233), a manifesta desobediência ao que restou estabelecido por este Tribunal no acórdão de fls. 1.059/1.062, tendo em vista a necessidade imprescindível de perícia contábil, para que se possa determinar os valores a serem pagos em sua feição atual.

Em seqüência, afirma que a pretendida perícia, quando da elaboração do cálculo dos juros moratórios e remuneratórios, não poderá ser guiada pelo determinado na sentença exarada na fase executória naquilo em que conflitua ou extrapola os mandamentos já firmados na sentença de conhecimento, sobre os quais já se operou o trânsito em julgado.

Denuncia, o espólio exequente, aqui apelante-adesivo, que o juiz singular, ao sentenciar na fase de execução, silenciou quanto à aplicação da multa de 20% (vinte por cento) sobre a totalidade da condenação, outrora arbitrada na sentença de conhecimento, à luz dos artigos 600 e 601, ambos do CPC, em sua redação, à época. Olvidou, igualmente, o juízo a quo, a necessária fixação dos honorários advocatícios incidentes sobre a execução, não mencionados na sentença recorrida, em virtude de constituírem o título executivo.

Por derradeiro, pugna pela manifesta necessidade de ser anulada a decisão a quo, para que outra seja proferida, precedida de perícia, devendo ser observados os parâmetros indicados no item 37 (trinta e sete), das razões recursais.

CONTRA-RAZÕES ao recurso adesivo à apelação às fls. 1.238/1.245.

DESPACHO desta relatoria às fls. 1.303/1.306, determinando o retorno dos autos à 5ª VARA CÍVEL DE FORTALEZA, para que se proceda à restauração de autos, no que atine às peças extraviadas naquele juízo, haja vista o seu recebimento com apenas 588 (quinhentos e oitenta e oito) folhas e não com 1.397 (hum mil, trezentos e noventa e sete) folhas, última numeração realizada pela secretaria daquela vara. Sob a mesma pena, ordenou, o Relator, a instauração de procedimento administrativo, visando à apuração de responsabilidades pelo extravio, aparentemente doloso, das referidas peças processuais.

INFORMAÇÃO, à fl. 1.308, prestada pelo JUÍZO DA 5ª VARA CÍVEL

DE FORTALEZA.

DESPACHO desta Relatoria à fl. 1.314, determinando a retificação da autuação, cuja determinação foi devidamente cumprida, conforme se infere da certidão à fl. 1.321.

Tendo em vista que a PROCURADORIA-GERAL DE JUSTIÇA, em parecer anterior (fls. 1.048/1.050), informou inexistir interesse público no acompanhamento do presente feito, na conformidade do art. 53, VI, do RITJ/CE, deixo de submeter o processo à nova manifestação ministerial.

Autos conclusos para julgamento em 11/08/2.011 (fl. 1.323).

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

É O RELATÓRIO.

Pressupostos de Admissibilidade Recursal:

Incumbe ao julgador, em juízo de prelibação, verificar se foram preenchidos na hipótese *sub judice* os pressupostos intrínsecos e extrínsecos de admissibilidade, quais sejam: cabimento, legitimidade recursal, interesse recursal, inexistência de fato impeditivo ou extintivo do poder de recorrer, tempestividade, regularidade formal, e o recolhimento do valor correspondente ao preparo, se exigível, no ato da interposição do recurso.

A apreciação meritória somente será possível se superada, com sucesso, essa etapa. Nelson Nery Junior assinala que "o juízo de admissibilidade, seja ele positivo ou negativo, tem natureza declaratória. Quando o juiz ou tribunal declara admissível ou inadmissível um recurso, nada mais faz do que afirmar situação preexistente".

Aduz que "a decisão sobre a admissibilidade, seja positiva ou negativa, tem eficácia ex tunc. Na hipótese de o juízo de admissibilidade ser negativo, essa decisão retroage à data do fato que ocasionou o não conhecimento" (NERY JUNIOR, Nelson. In Teoria Geral dos Recursos. 6ª ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 2004, p. 265-267).

In casu, observa-se que o apelante, em vez de se insurgir contra a decisão de fls. 1.123/1.131, aditada às fls. 1.178/1.181, por meio de AGRAVO DE INSTRUMENTO, na medida em que o juiz singular rejeitou integralmente os seus embargos à execução, conforme previsão expressa na lei de ritos (art. 475-M, § 3º, primeira parte, do CPC, acrescentado pela Lei Nº 11.232/2005, com vigência a partir de 24/06/2006), protocolizou, em 08/05/2007 (fl. 1.183), na verdade, APELAÇÃO, em flagrante erro grosseiro, fato este que, somado à ausência de dúvida objetiva sobre qual o recurso cabível, impedem a aplicação do princípio da fungibilidade recursal.

Urge registrar, inicialmente, que as questões afeitas à admissibilidade dos recursos são de ordem pública e, portanto, não são alcançadas pelo instituto da preclusão, devendo, inclusive, ser proclamadas *ex officio* pelo julgador. Daí ser irrelevante se a parte embargada-apelada a suscitou após o manejo de suas contra-razões ou mesmo que a apelação tenha sido recebida pelo juízo *a quo*, vez que o juízo de admissibilidade cabe,

precipuamente, à instância *ad quem*.[1]

Outrossim, trata-se de exceção ao princípio dispositivo que veda a reformatio in pejus, vez que, na hipótese, o efeito é translativo (e não devolutivo), à semelhança do que ocorre na remessa necessária, e decorre do princípio inquisitório.

Ultrapassada a possibilidade de conhecimento de tal questão de ordem, o recurso escolhido pela parte (*in casu*, a apelação), de fato, não tem respaldo na legislação processual civil, vigente desde 24/06/2006, que, prevê, na verdade, agravo de instrumento, no prazo de 10 (dez) dias (art. 522, do CPC), para atacar a decisão que resolve os embargos do devedor, atualmente a chamada ação de impugnação ao cumprimento da sentença, em razão da inovação trazida pela Lei Nº 11.232/2005.

A vigência da referida norma (24/06/2006) é anterior à prolação da decisão recorrida (27/04/2007 – fl.1.178/1.181) e ao protocolo da apelação (08/05/2007 – fl 1.183). A teor do art. 1.211, do CPC, a lei processual tem eficácia imediata sobre os processos em curso. *Ad argumentandum*, a corrente jurisprudencial majoritária entende que, em matéria de recurso, rege o seu cabimento e a sua admissibilidade a lei vigente à época da prolação da decisão da qual se pretende recorrer, *in casu*, a novel legislação.

O princípio da aplicabilidade imediata da lei processual ressalva os atos processuais já praticados. Destarte, embora a lei processual nova incida mesmo sobre os processos pendentes (art. 1.211, do CPC), direcionando os atos processuais ainda não implementados, a inovação não poderá atingir aquelas situações processuais já constituídas ou extintas sob o império da lei antiga. Não é o caso destes autos, onde a publicação da "sentença" (e, consequentemente, o protocolo da apelação) é bem posterior à vigência da nova lei.

A doutrina processualista assinala a distinção que deve ser feita entre o efeito retroativo e o efeito imediato da lei nova:

> "Efeito imediato da lei. Exclusividade da lei nova. A lei nova tem de respeitar todos os efeitos jurídicos produzidos sob a égide da lei anterior, mas se aplica imediatamente às situações por ela (lei nova) reguladas, a partir de sua entrada em vigor. Para designar a expressão efeito imediato, fala-se também em exclusividade (Ausschliesslichkeit) (F. Affolter, System des deutschen bürgerlichen Uebergangsrechts, Leipzig, 1903, § 9º, p. 34; Roubier, Droit transitoire, n. 3, nota 1, p. 11). 'O efeito imediato da lei deve ser considerado como a regra ordinária: a lei nova se aplica, desde a sua promulgação [rectius: entrada em vigor], a todos os efeitos que resultarão no futuro, de relações jurídicas nascidas ou por nascer' (Roubier, Droit transitoire, n. 3, p. 11).
> Efeito retroativo e efeito imediato. Distinção. O efeito retroativo da lei nova é sua aplicação dentro do passado e o efeito imediato é a aplicação da lei nova dentro do presente (Roubier, Droit transitoire, n. 38, p. 177). O nosso sistema proíbe a aplicação da lei nova dentro do passado, isto é, para os fatos ocorridos no passado. Os fatos pendentes (facta pendentia) são, na verdade, os fatos presentes, regulados pela eficácia imediata da lei nova, vale dizer, que se aplica dentro do presente.

> [...]
> Vigência da lei processual. A lei processual tem vigência imediata e se aplica aos processos pendentes, mas rege sempre para o futuro (Wach, Handbuch, § 17, II, p. 213; Chiovenda, Ist., v. 1, n. 27, p. 78; Nery, Recursos, n. 3.7, p. 492). Para justificar a aplicação da lei nova aos feitos pendentes, a doutrina fala em 'retroatividade apenas na aparência' (Maximiliano, Dir. Intertemporal, n. 225, p. 264). Os atos processuais já praticados sob a égide da lei antiga caracterizam-se como atos jurídicos processuais perfeitos, estando protegidos pela garantia constitucional da CF 5º, XXXVI, não podendo ser atingidos pela lei nova." (NERY JÚNIOR, Nelson e NERY, Rosa Maria de Andrade. Código Civil comentado. 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, pág. 1.091.)

Araken de Assis, em capítulo destinado à análise das questões de direito intertemporal decorrentes da vigência da Lei nº 11.232/2005, ensina que:

> "Em matéria de direito intertemporal, há dois princípios básicos a todo momento postos à prova: a lei nova incide imediatamente nos processos pendentes, mas não pode atingir, no direito brasileiro em razão de inequívoco imperativo constitucional (art. 5º, XXXVI), os atos já exauridos sob o império da lei nova. Ora, o processo compreende uma série complexa de atos e a lei em questão introduziu modificações grandes e profundas e de toda ordem. [...] Aos atos já praticados nenhuma aplicação tem a lei nova. Por exemplo: citado o executado para pagar ou nomear bens (art. 652), na vigência da lei velha, não lhe pode ser subtraído tal direito. Interessa decidir em que medida o processo influi nos processos em que ainda não ocorreram a liquidação e a execução.
> À vista dessa conjuntura, a regra básica é a de que a liquidação e a execução ainda não iniciadas, sem embargo de o provimento exeqüível ter sido proferido anteriormente à sua vigência, podem e devem seguir os ditames da lei nova, ou seja, assumir o caráter incidental, e, no caso da execução, dispensando nova citação (com a ressalva do art. 475-N, parágrafo único) e subtraindo ao executado o direito de nomear bens. A tanto não impede a circunstância de as sentenças proferidas sob a vigência do antigo art. 162, § 1º, se destinarem a extinguir o processo; o efeito pode ser retomado, sem maiores problemas, a partir do pronunciamento, aproveitando os autos para o novo procedimento. Tal se deve ao fato de o vitorioso exercer a actio iudicati na vigência da lei nova, não se concebendo a aplicação para o que sucederá no presente das disposições já abolidas. É evidente que não se aplicará, todavia, a multa do art. 475-J. O prazo de quinze dias somente flui para as sentenças já proferidas na vigência da lei nova. Sem tal interregno, não há como penalizar o condenado.
> Entrando em vigor a lei nova após a realização da penhora, mas antes da intimação, a execução pendente passa à regência dos artigos 475-J, § 1º, 475-L e 475-M, vale dizer: o executado desfrutará o prazo de quinze dias e deduzirá sua oposição mediante 'impugnação'. Nenhum prejuízo à defesa do executado ocorre sob a nova sistemática. Ao contrário, o prazo para impugnar se amplia de dez para quinze dias." (ASSIS, Araken. Cumprimento da sentença. 1ª ed. 2ª tir. Rio de Janeiro: Forense, 2006, págs.

40-41.)

Sobre o assunto, reporto-me à jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais:

> "AGRAVO DE INSTRUMENTO. EXECUÇÃO DE SENTENÇA. DIREITO INTERTEMPORAL. APLICAÇÃO DA LEI Nº 11.232/05. ATOS PROCESSUAIS. ISOLAMENTO. EFICÁCIA IMEDIATA. CONVERSÃO DOS EMBARGOS À EXECUÇÃO EM IMPUGNAÇÃO. POSSIBILIDADE. MANUTENÇÃO DA DECISÃO SINGULAR. AGRAVO IMPROVIDO. 1. A sistemática processual aplicada no Direito Pátrio adota a teoria do isolamento dos atos processuais, na qual a lei nova não atinge aqueles já praticados, nem seus efeitos, mas será aplicável aos atos processuais que ainda não foram praticados, e que puderem ser perfeitamente isolados dos anteriores. 2. Dessa maneira, torna-se passível a adaptação dos embargos à execução em impugnação, em face da vigência da Lei nº 11.232/05 que alterou os regramentos do procedimento executivo. 3. Agravo a que se nega provimento." (grifo nosso) (TJMG, 13ª Câmara Cível, Agravo de Instrumento, Processo nº 1.0024.06.221363-2/001(1). Rel. Des. Francisco Kupidlowski, julgado em 23.11.2006.)

No mesmo sentido, o Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul tem decidido:

> "PROCESSUAL CIVIL. DIREITO INTERTEMPORAL. EXECUÇÃO DE SENTENÇA. LEI Nº. 11.232/05. A lei processual nova tem incidência imediata, inclusive aos processos em curso, respeitando a validade dos atos já exauridos. Mesmo requerida a execução da sentença em data anterior à vigência das alterações introduzidas no CPC pela Lei n.º 11.232/05, pendente a citação do devedor, os atos processuais a serem efetivados devem atender à sistemática do novo regramento. Agravo de Instrumento improvido. Unânime." (TJRS, 10ª Câmara Cível, Agravo de Instrumento, Processo nº 70016964025. Rel. Des. Jorge Alberto Schreiner Pestana, julgado em 23.11.2006.)
>
> "DIREITO INTERTEMPORAL. CUMPRIMENTO DE SENTENÇA. EXECUTADA INTIMADA DA PENHORA APÓS A ENTRADA EM VIGOR DA LEI Nº 11.232/2005. EMBARGOS À EXECUÇÃO. INADMISSIBILIDADE. Tendo a parte-devedora sido intimada da penhora realizada, quando já estava em vigor o novo regime introduzido pela Lei nº 11.232/2005, torna-se incabível a oposição de embargos à execução, devendo, em vez disso, ser oferecida impugnação, no prazo de quinze dias (art. 475-J, § 1º, do CPC). Agravo de instrumento desprovido." (TJRS, 11ª Câmara Cível, Agravo de Instrumento, Processo nº 70017535725. Rel. Des. Voltaire de Lima Moraes, julgado em 20.12.2006.
>
> "AGRAVO INTERNO. DIREITO INTERTEMPORAL. APLICAÇÃO DE LEI NOVA. MATÉRIA PROCESSUAL. CUMPRIMENTO DA

> SENTENÇA. 1. A lei processual nova (Lei nº 11.232/05), ao estabelecer novas regras de cumprimento da sentença, tem aplicação imediata, incidindo, inclusive, sobre os processos em curso, desde que não atinja os atos já exauridos quando iniciada a sua vigência. 2. Ônus sucumbenciais a serem arbitrados ao final da demanda executiva. AGRAVO DESPROVIDO. UNÂNIME." (TJRS, 9ª Câmara Cível, Agravo Interno, Processo nº 70017239500. Rel. Des. Odone Sanguiné, julgado em 22.11.2006.)

A matéria, inclusive, já se encontra sumulada pelo Tribunal Regional Federal da 1ª Região, a saber:

> "A lei regente do recurso é a que está em vigor na data da publicação da sentença ou decisão." (TRF 1ª Região, Corte Especial, Súmula 26, publicada em 12.09.1994)

Dada a aplicabilidade imediata da Lei Nº 11.232/2005, é certo que estamos diante da hipótese tratada na primeira parte, do § 3º, do art. 475-M, do CPC (qual seja, "A decisão que resolver a impugnação é recorrível mediante agravo de instrumento,") e não da sua exceção ("..., salvo quando importar extinção da execução, caso em que caberá apelação."), vez que o ato impugnado não extinguiu a execução. Ao contrário, ordenou o seu prosseguimento (fl. 1131), restando respeitado o devido processo legal.

Assim, ensinam-nos os mestres processualistas Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery, ao tratar de tal diferenciação[2].

> "O ato do juiz que acolhe (total ou parcialmente) ou rejeita (total ou parcialmente) a impugnação ao cumprimento da sentença, mas que não extingue a execução para cumprimento da sentença, é recorrível por agravo de instrumento. ... "
>
> Na hipótese de o julgamento da impugnação ser de procedência do pedido e, em vista da situação concreta e da matéria alegada pelo impugnante, o juiz extinguir a execução (v.g. ilegitimidade de parte, prescrição), esse ato será sentença e, como tal, recorrível por meio de apelação, que seguirá o regime jurídico do sistema recursal do Código (CPC 496 et seq.)" (grifamos)

Não obstante a interposição do recurso equivocado sub examine tenha se efetivado dentro do prazo previsto para o agravo de instrumento, verificamos não ser cabível, à espécie, a fungibilidade recursal, isto é, o recebimento da apelação como se agravo de instrumento fosse, vez que estamos diante de um erro grosseiro cometido pelo recorrente, não havendo dúvida objetiva sobre qual o recurso cabível. Ao contrário. A lei, textualmente, indica qual o recurso a ser manejado pela parte, na forma do art. 475-M, § 3º, CPC.

Quanto ao tema, vejamos as seguintes jurisprudências do SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA:

"PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. HOMOLOGAÇÃO DE CÁLCULO EM EXECUÇÃO. DECISÃO INTERLOCUTÓRIA. RECURSO CABÍVEL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. APELAÇÃO. ERRO GROSSEIRO.
1. A atualização do valor em fase de execução de sentença, cuja quantia a ser executada já era líquida e certa, constitui mera decisão interlocutória, passível de agravo de instrumento.
2. Conforme restou assentado na instância *a quo*:
"(...) Examinando-se os autos, vê-se que não se cogita, no caso, de liquidação de sentença, em qualquer de suas modalidades. A quantia executada é líquida e certa e dependia apenas de atualização, como se observa na Carta de Sentença.
O ato judicial que, no curso da execução, limita-se a decidir sobre a atualização do cálculo, tem natureza interlocutória ensejando o manejo do agravo de instrumento (...)".
3. **A aplicação do princípio da fungibilidade recursal exige a interposição do recurso equivocado no mesmo prazo do correto, bem como a existência de dúvida objetiva acerca do recurso a ser interposto e a não-ocorrência de erro grosseiro quanto à escolha do instrumento processual.** Precedentes: AgRg no REsp 510644/MG, Rel. Ministra DENISE ARRUDA, DJ 31/08/2006; REsp 625993/MG, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, DJ 02/02/2007; REsp 829992/DF, Rel. Ministro ARNALDO ESTEVES LIMA, DJ 07/02/2008).
4**. *In casu*, a interposição do recurso de apelação em face de nítida decisão interlocutória constitui erro inescusável, óbice que impede a aplicação do princípio da fungibilidade recursal.**
5. Recurso especial desprovido." (STJ – Primeira Turma Recursal – REsp 954204 / BA, Rel. Des. LUIZ FUX, julgado em 05/03/2009**,** DJe 06/08/2009)

"EMENTA. PROCESSUAL CIVIL. DECISÃO QUE EXTINGUE PARCIALMENTE A EXECUÇÃO, DETERMINANDO SEU PROSSEGUIMENTO COM RELAÇÃO AOS CREDORES QUE NÃO TRANSACIONARAM. NATUREZA INTERLOCUTÓRIA. RECURSO CABÍVEL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. PRINCÍPIO DA FUNGIBILIDADE. INAPLICABILIDADE. PRECEDENTES. RECURSO ESPECIAL CONHECIDO E IMPROVIDO.
1. A decisão que homologa transação e extingue parcialmente a execução, determinando seu prosseguimento com relação aos litisconsortes que não transigiram, possui natureza interlocutória, motivo pelo qual o recurso contra ela cabível é o agravo de instrumento, e não a apelação.
2. Tratando-se de erro grosseiro, não se aplica o princípio da fungibilidade. Precedentes.
3. Recurso especial conhecido e improvido.
ACÓRDÃO. Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, conhecer do recurso, mas lhe negar provimento. Os Srs. Ministros Napoleão Nunes Maia Filho, Jane Silva

> (Desembargadora convocada do TJ/MG), Felix Fischer e Laurita Vaz votaram com o Sr. Ministro Relator." (grifos nossos)
> (STJ, 5ªTurma, REsp. 829992/DF, Relator Ministro ARNALDO ESTEVES LIMA, DJ 07/02/2008 p. 412)
>
> "EMENTA. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. DECISÃO QUE, NO CURSO DO PROCESSO DE EXECUÇÃO FISCAL, HOMOLOGA A ATUALIZAÇÃO DO CÁLCULO DA DÍVIDA ATIVA. RECURSO CABÍVEL: AGRAVO DE INSTRUMENTO.
> 1. Consoante bem decidiu o Tribunal de origem, "constitui erro grosseiro a interposição de apelação contra decisão interlocutória que, em sede de execução fiscal, homologou cálculo de atualização de crédito fiscal para fins de prosseguimento do feito executivo".
> 2. A aplicação do princípio da fungibilidade recursal decorre não só da interposição do recurso equivocado no mesmo prazo do correto, mas, também, da existência de dúvida objetiva acerca do recurso a ser interposto e da não-ocorrência de erro grosseiro quanto à escolha do instrumento processual. Caracterizado o erro grosseiro, torna-se irrelevante o exame da tempestividade.
> 3. Agravo regimental desprovido.
> ACÓRDÃO. Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da PRIMEIRA TURMA do Superior Tribunal de Justiça: A Turma, por unanimidade, negou provimento ao agravo regimental, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora. Os Srs. Ministros Luiz Fux e Teori Albino Zavascki votaram com a Sra. Ministra Relatora. Ausentes, justificadamente, os Srs. Ministros José Delgado e Francisco Falcão."
> (STJ, 1ª Turma, AgRg no REsp 510644/MG, Relatora Ministra DENISE ARRUDA, DJ 31/08/2006 p. 198)

Vê-se, assim, que não há dissonância na doutrina e na jurisprudência de que, em razão da nova legislação processual, o recurso cabível, in casu, é o agravo de instrumento, nos termos da primeira figura, do § 3º, do art. 475-M, do CPC, acima transcrito, e não a apelação, uma vez que o juízo singular, em desacolhendo os embargos à execução, deu prosseguimento ao feito executório.

Sob esse enfoque, observamos os seguintes precedentes do SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, *in verbis* (com destaques):

> "AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO ESPECIAL. PROCESSUAL CIVIL. FALÊNCIA. ELISÃO. COBRANÇA DE ACRÉSCIMOS. FASE DE EXECUÇÃO. **DECISÃO INCIDENTAL. RECURSO CABÍVEL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. INADMISSIBILIDADE DA APELAÇÃO.**
> 1. A orientação jurisprudencial deste Sodalício é no sentido de que o depósito elisivo impede a decretação da falência (art. 11, § 2º, do DL 7.661/45), devendo o processo prosseguir na via executiva para a cobrança de eventuais acréscimos devidos.
> **2. A jurisprudência deste Tribunal Superior prega ser cabível o recurso**

> **de agravo de instrumento (e não o de apelação) contra decisão proferida no curso de execução a qual não pôs fim ao processo.**
> **3. Se o ato judicial questionado não encerrou o processo de execução derivado de falência elidida, tendo indeferido apenas pedido incidental, qualifica-se tal decisão como interlocutória - e não como sentença, pelo que o recurso cabível é o agravo de instrumento (ao invés da apelação).**
> **4. Agravo regimental a que se nega provimento."** (AgRg no REsp 254.888/SP, Rel. Ministro VASCO DELLA GIUSTINA (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/RS), TERCEIRA TURMA, julgado em 08/02/2011, DJe 17/02/2011)

> "PROCESSUAL CIVIL. DECISÃO QUE EXTINGUE PARCIALMENTE A EXECUÇÃO, DETERMINANDO SEU PROSSEGUIMENTO COM RELAÇÃO AOS CREDORES QUE NÃO TRANSACIONARAM. **NATUREZA INTERLOCUTÓRIA. RECURSO CABÍVEL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. PRINCÍPIO DA FUNGIBILIDADE. INAPLICABILIDADE. PRECEDENTES.** RECURSO ESPECIAL CONHECIDO E IMPROVIDO.
> 1. A decisão que homologa transação e extingue parcialmente a execução, determinando seu prosseguimento com relação aos litisconsortes que não transigiram, **possui natureza interlocutória, motivo pelo qual o recurso contra ela cabível é o agravo de instrumento, e não a apelação.**
> **2. Tratando-se de erro grosseiro, não se aplica o princípio da fungibilidade.Precedentes.**
> 3. Recurso especial conhecido e improvido." (REsp 829.992/DF, Rel. Min. ARNALDO ESTEVES LIMA, 5ª T, DJ 07.02.2008)

Caracteriza-se o erro grosseiro na interposição do recurso quando a legislação expressamente determina a forma de impugnação da decisão e o recorrente olvida ou não observa o comando legal, fato este ocorrido claramente no caso em apreço.

Demais disso, incumbe frisar da consequente impossibilidade de cognição do recurso adesivo interposto pelo ESPÓLIO DE MARIA DO CARMO CORDEIRO DE ARAÚJO (fls. 1.223/1.233) em razão de sua subordinação ao apelo principal, conforme se depreende do disposto no art. 500, caput e inciso III, do Código de Processo Civil, in verbis (com destaque):

> "Art. 500. Cada parte interporá o recurso, independentemente, no prazo e observadas às exigências legais. Sendo, porém, vencidos autor e réu, ao recurso interposto por qualquer deles poderá aderir a outra parte. O recurso adesivo fica subordinado ao recurso principal e se rege pelas disposições seguintes:
> III - não será conhecido, se houver desistência do recurso *principal, ou se for ele declarado inadmissível ou deserto."*

Outrossim, cumpre observar que essa é a orientação pelo SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, consoante se infere do seguinte precedente, *in verbis* (com

destaques):

> "APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE COBRANÇA. VENCIDA A FAZENDA PÚBLICA EM PRIMEIRO GRAU. FUNDAMENTOS DO APELO. MERA REPETIÇÃO DA CONSTESTAÇÃO. ARTIGO 514, II, CPC. APLICABILIDADE À ESPÉCIE. VIOLAÇÃO DO PRINCÍPIO DA DIALETICIDADE. RECURSO NÃO CONHECIDO. RECURSO ADESIVO E AGRAVO RETIDO. RECURSOS QUE SEGUEM A SORTE DO PRINCIPAL. NÃO CONHECIMENTO. REEXAME NECESSÁRIO. CONDENAÇÃO DA FAZENDA PÚBLICA. DIREITO CONTROVERTIDO SUPERIOR A 60 SALÁRIOS MÍNIMOS. CONHECIMENTO DE OFÍCIO. TAXA SELIC. INACUMULABILIDADE COM OS ÍNDICES OFICIAIS DE CORREÇÃO. EXCLUSÃO NECESSÁRIA. INCIDÊNCIA DE JUROS DE 6% AO ANO. PRECEDENTES DO STJ. REFORMA PARCIAL DA SENTENÇA.
> 1- Com vistas a repugnar atos processuais de não cooperação, bem assim, de implementar o Princípio da Duração Razoável do Processo, é dado ao Juiz, consoante se interpreta do artigo 514, II, do CPC, não conhecer de recursos que representem quebra do chamado"Princípio da Dialeticidade", ou seja, não se deve conhecer de recurso que não ataque especificamente os fundamentos da decisão atacada.
> **2-"O recurso adesivo fica subordinado à sorte da admissibilidade do recurso principal. Para que o adesivo possa ser julgado pelo mérito, é preciso que: a) o recurso principal seja conhecido; b) o adesivo preencha os requisitos de admissibilidade. Não sendo conhecido o principal, seja qual for a causa da inadmissibilidade, fica prejudicado o adesivo"** (Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery, *in* Código de Processo Civil Comentado e legislação processual em vigor, art. 500, nota 4)- (STJ - AgRg no Ag 849.210/SP , Rel. Ministro JOSÉ DELGADO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 17.04.2007, DJ 14.05.2007 p. 263).
> 3-"(...) A jurisprudência deste Superior Tribunal de Justiça pacificou-se no sentido de que os juros de mora nas causas ajuizadas posteriormente à edição da MP nº 2.180-35/2001, em que for devedora a Fazenda Pública, devem ser fixados à taxa de de 6% ao ano. (...)"(STJ - REsp 950.969/AC, sexta turma Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, julgado em 29.11.2007, DJe 17.12.2007).

Menciono, ainda, o seguinte precedente desta Corte de Justiça:

> "EMENTA: PROCESSO CIVIL. APELAÇÃO CÍVEL. INTERPOSIÇÃO. PRAZO. ART. 508 DO CPC. INTEMPESTIVIDADE. NÃO CONHECIMENTO. RECURSO ADESIVO. SUBORDINAÇÃO AO PRINCIPAL. APELO POSTERIOR. PRINCÍPIO DA CONSUMAÇÃO.
> 1. Sendo a tempestividade requisito extrínseco de admissibilidade do recurso de apelação, a extrapolação do prazo legal implica no não conhecimento do recurso.
> 2. Na hipótese, publicada a sentença em 13 de dezembro de 2006, há que se reconhecer a extemporaneidade do recurso de apelação interposto em

> 23 de abril de 2007, vale dizer, após o decurso da quinzena prevista no art. 508 do CPC.
> **3. Por conseguinte, não há de ser conhecido o recurso adesivo ao apelo principal ora intempestivo em razão da subordinação daquele em relação a este.**
> 4. Pelo princípio da consumação, uma vez já exercido o direito de recorrer, consumada está a oportunidade de o fazer, ao efeito de impedir que o irresignante torne a impugnar o ato judicial já impugnado.
> 5. Apelos não conhecidos." (TJ/CE - Apelação 71261624200080600011 – 3ª Câmara Cível, Rel. Des. ANTÔNIO ABELARDO BENEVIDES MORAES, julgado em 30/03/2009, data de registro 03/04/2009)

Considerando os parâmetros adotados em casos semelhantes pela jurisprudência, atual e reiterada, dos Tribunais pátrios, inclusive, do Superior Tribunal de Justiça, respaldado na doutrina mais abalizada, voto pelo NÃO CONHECIMENTO DA APELAÇÃO à míngua de pressuposto de admissibilidade recursal (cabimento), face à inadequação do recurso interposto, restando, PREJUDICADO, assim, o RECURSO ADESIVO interposto pelo apelado-exequente e, por conseguinte, mantida, *in totum*, a decisão singular que rejeitou integralmente os pedidos contidos nos EMBARGOS À EXECUÇÃO propostos pelo apelante-executado, tudo nos termos do voto deste Relator, que integra esta decisão.

É COMO VOTO.

Fortaleza-CE, 14 de setembro de 2.011.

PROCESSO Nº: 4098-21.2002.8.06.0000/0
TIPO DO RECURSO: APELAÇÃO - CÍVEL
ÓRGÃO JULGADOR: 2ª CÂMARA CÍVEL
APELANTE: ROSALINA ALVES DE SOUSA
APELADO: JOSÉ GLADSTONE ARRAES BANDEIRA
RELATOR: Des. FRANCISCO AURICÉLIO PONTES

EMENTA: DIREITO PROCESSUAL CIVIL. APELAÇÃO CÍVEL. REGISTRO REALIZADO EM CONFORMIDADE COM A ESCRITURA PÚBLICA FIRMADA. CONFLITO DE COMPETÊNCIA. APLICABILIDADE DOS ARTIGOS 108 E 111 DO CÓDIGO DE ORGANIZAÇÃO JUDICIÁRIA DO ESTADO DO CEARÁ. SENTENÇA TRANSITADA EM JULGADO. SÚMULA 59 DO STJ.

I – Não há conflito de competência se já existe sentença com trânsito em julgado, proferida por um dos juízos conflitantes – inteligência da súmula 59 do STJ.

II – O cumprimento de sentença proferida pelo juízo cível não é da seara de Vara de Registros Públicos, pelo que a decisão apelada está em consonância com a descrição das competências disposta nos artigos 108 e 111 do Código de Organização Judiciária do Estado do Ceará, Lei nº 12.342/94.

III – Estando regular o título levado a registro, não cabe ao juízo da Vara de Registros Públicos anular o assento impugnado.

IV – Recurso conhecido, mas improvido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de apelação cível nº 4098-21.2002.8.06.0000/0, 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.

Fortaleza, 26 de Outubro de 2011.

RELATÓRIO

Trata-se de apelação ajuizada por Rosalina Alves de Sousa contra sentença prolatada pelo MM. Juiz de Direito da 2ª Vara de Registros Públicos, que julgou improcedente o pedido de anulação de registro imobiliário, e reconheceu, no tocante aos aspectos extrínsecos do título levado a registro, a regularidade do assento impugnado.

A apelante relata na petição inaugural dos autos da ação declaratória de nulidade de registro público que vendeu o imóvel constante da matrícula de nº 4964, junto ao Cartório de Registro de Imóveis da 2ª Zona desta Capital, juntamente com seu marido, já falecido, ao apelado, ficando acordado no instrumento de compra e venda que parte do pagamento era representado por uma nota promissória vencível em 20/12/82, a qual estava vinculada à escritura, e tendo como condição de validade o seu pagamento.

Ocorre que, conforme informa a recorrente, o pagamento do título de crédito nunca ocorreu. Porém, o comprador/apelado, José Gladstone Arraes Bandeira, ingressou com uma Ação de Reintegração de Posse no Juízo da 7ª Vara Cível, a qual foi julgada improcedente, e no ensejo, o juiz "a quo" deu aos réus (a apelante e seu falecido marido), a proteção possessória e os respectivos acessórios, consoante o art. 922 do Código de Processo Civil, e, objetivando evitar o enriquecimento ilícito ou sem causa, determinou que fosse devolvida ao autor a importância efetivamente recebida pelos réus, corrigida monetariamente e transformada em cruzados novos.

A sentença foi confirmada pela 2ª Câmara Cível, em acórdão, ratificando, às inteiras, a sentença apelada.

Após, já viúva, a apelante propôs o presente feito em exame, em que a sentença prolatada pelo juiz da 2ª Vara de Registros Públicos, expôs:

> "Na hipótese, a disputa em torno da propriedade, bem como do descumprimento de cláusula contratual, conducente à rescisão do pacto, não guarda pertinência com o registro imobiliário em si, que, como dito anteriormente, apresenta-se formalmente regular. Eventual nulidade 'intrínseca' ao título causal, deverá ser decidida em ação própria, no juízo competente, seja em sede de ação reivindicatória, ou em ação declaratória de rescisão contratual.
> Quanto ao que restou consignado em acórdão proferido pela E. Segunda Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Ceará, ao julgar recurso de apelação em ação de reintegração de posse, determinando a restituição da parcela do preço já recebida pela autora e declarando rescindido o contrato, impende ressaltar que cabe ao juízo da 7ª Vara Cível de Fortaleza executar os seus julgados, bem como ao próprio Tribunal de Justiça fazer valer suas decisões". (fl. 106).

A sentença foi julgada improcedente, motivo pelo qual a autora ajuizou a apelação em apreço.

Nas razões de apelação, a apelante discorre que, ao julgar improcedente a ação de Reintegração de Posse proposta pelo apelado contra os apelantes, o MM. Juiz de

Direito titular da 7ª Vara Cível, à época da prolação da sentença, deu como rescindida a compra e venda, assegurando posse aos réus, no caso, a apelante e seu falecido marido.

A recorrente afirma, ainda, que o atual Juiz titular da 7ª Vara Cível "entende que não deve averbar a rescisão do contrato, naturalmente por não ser processo dessa Vara e que o próprio Tribunal, pela mesma 2ª Câmara Cível, disse que enquanto não declarada a nulidade do título, o apelado tem Direito de posse, o que ainda não foi definitivamente decidido, por se ter oposto pedido de embargos de declaração, com efeito modificativo (...)".

Ademais, aduz a apelante que gerou-se um conflito de competência entre os Juízes da 7ª Vara Cível e da 2ª Vara de Registros Públicos, devendo portanto, o Tribunal de Justiça decidir quem irá anular ou averbar a decisão já decretada por sentença transitada em julgado.

Assim, requer a apelante que seja dado provimento ao recurso, com o escopo de que sejam avocados os autos do processo que tramita na 7ª Vara Cível, sendo também, decidido qual o Juiz competente para executar a sentença transitada em julgado.

Requer ainda, caso o Juiz competente seja o da 2ª Vara de Registros Públicos, que seja decretada a nulidade da sentença, ora apelada, para que profira o julgamento a respeito da averbação da nulidade, ou da extinção do negócio, por meio de declaração judicial de rescisão de contrato.

Contrarrazões às fls. 115/117, postulando a confirmação da sentença.

Instada a se manifestar, às fls. 130/131, a douta Procuradoria Geral de Justiça opinou pelo conhecimento do apelo, mas por seu improvimento, confirmando-se a sentença monocrática por seus próprios fundamentos.

É o relato.

VOTO

Conheço do recurso, porquanto preenchidos os necessários requisitos de admissibilidade.

A apelante, em suas razões recursais (fls. 111/112), alega que se gerou um conflito de competência entre a 2ª Vara de Registros Públicos e a 7ª Vara Cível, ambas da Comarca de Fortaleza, com o fito de decidir qual o Juízo competente, pelo que requereu a resolução desse conflito, com esteio no art. 115 do Código de Processo Civil.

Compulsando os autos, verifica-se que o Juiz da 7ª Vara Cível, na ação de reintegração de posse (processo de nº 61.485/85, tombo nº 58.017/88, atualmente: 170276-25.2000.8.06.0001/0), proposta pelo apelado, julgou improcedente a ação, dando aos réus (a apelante e seu falecido marido) a proteção possessória e os respectivos acessórios, conforme o art. 922 do CPC e determinou a devolução da importância que fora efetivamente recebida pelos réus, corrigida monetariamente e transformada em cruzados novos, com o fito de evitar enriquecimento ilícito sem causa, cuja sentença foi confirmada por esta 2ª Câmara, em acórdão, ratificando, às inteiras, a sentença apelada.

Vê-se que o juiz da 2ª Vara de Registros Públicos julgou improcedente o pedido

de anulação de registro imobiliário, reconhecendo, no tocante aos aspectos extrínsecos do título levado a registro, a regularidade do assento impugnado, pelo que afirma a apelante que se gerou um conflito entre as decisões dos juízes monocráticos, o que acarretou o recurso de apelação ora pleiteado.

Tendo em vista que a ação de reintegração de posse já se encontra com trânsito em julgado e devidamente arquivada em 28 de junho de 2004, conforme consulta processual, trago à baila a súmula de nº 59, do Superior Tribunal de Justiça, "verbis":

> " Não há conflito de competência se já existe sentença com trânsito em julgado proferida por um dos juízos conflitantes".

Vejamos a jurisprudência sobre o tema:

> "EMENTA: PROCESSO CIVIL. CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA SUSCITADO PELA 10ª VARA CÍVEL DA COMARCA DE NATAL EM FACE DA 5ª VARA DA FAZENDA PÚBLICA DA MESMA COMARCA. EXECUÇÃO DE SENTENÇA PROLATADA PELO JUÍZO SUSCITADO. EXCLUSÃO DO ESTADO DO RIO GRANDE DO NORTE NO PÓLO PASSIVO. DISCUSSÃO ACERCA DA COMPETÊNCIA. PRELIMINAR DE NÃO CONHECIMENTO DO CONFLITO POR INEXISTENTE. SÚMULA 59 DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. REMESSA DOS AUTOS AO JUÍZO SUSCITADO.
> - Tendo sido proferida pelo juízo suscitado a sentença transitada em julgado, considera-se inexistente o conflito negativo de competência, nos termos da Súmula 59 do Superior Tribunal de Justiça (Conflito de competência n° 2011.001248-7 – Relator Juiz Convocado Guilherme Cortez – TJRN – J. Em: 30/03/2011)."
>
> "EMENTA: Processo civil. Conflito negativo de competência. Sentença transitada em julgado.
> - O trânsito em julgado da sentença proferida por um dos juízos conflitantes impede o conhecimento do conflito de competência, nos termos da Súmula 59 do STJ. Conflito não conhecido. (Conflito de Competência Nº 56.550 – SP (2005/0188034-5) – Relatora: Ministra Nancy Andrighi; J.10/05/2006; Publicação: 25/05/2006)."

Ademais, os presentes autos versam sobre recurso de apelação e não conflito de competência, pois o juiz da 2.ª Vara de Registros Públicos julgou pela regularidade do assento registral, não tendo o juízo da 7ª Vara Cível se manifestado nos autos acerca do aludido conflito, além do que aquele juízo decidiu acertadamente, pois "a disputa em torno da propriedade, bem como do descumprimento de cláusula contratual, conducente à rescisão do pacto, não guarda pertinência com o registro imobiliário em si" (fl. 106).

Nesse diapasão, o Código de Organização Judiciária do Estado do Ceará, Lei de nº 12.342, de 28.07.94 (D.O. de 03.08.94), traz em seus arts. 108 e 111, respectivamente:

> "Art. 108 - Aos Juízes de Direito das Varas Cíveis compete exercer as atribuições definidas neste Código, não privativas de outro Juízo, servindo por distribuição".
>
> "Art. 111 - Aos Juizes de Direito das Varas de Registros Públicos compete, por distribuição:
> I - Processar e julgar:
> a) as causas que se refiram com exclusividade à alteração ou desconstituição dos registros públicos;
> b) as impugnações a loteamento de imóveis, realizado na conformidade do Decreto Lei Nº 58, de 10 de dezembro de 1937;
> c) as causas relativas a bem de família".

A competência da Vara de Registros Públicos se restringe a analisar as formalidades contidas no registro, como qualificação das partes, descrição do imóvel, e, estando preenchidos esses requisitos, não há que se modificar ou alterar o registro, cabendo, assim, à Vara Cível conhecer das demais ações que não forem da competência de algum outro juízo.

O registro imobiliário foi devidamente efetivado em razão da escritura pública firmada pelas partes, sendo que o ora apelado a levou para registro antes de cumprir integralmente o que lhe cabia, ou seja, o pagamento de valor garantido em nota promissória. Ora, se o juiz da 7 ª Vara Cível desconstituiu o contrato em alusão, então seria correto, por conclusão lógica, anular o registro dele decorrente, e não a Vara de Registros Públicos.

Por fim, o Código de Processo Civil traz em seu artigo 115 as hipóteses de cabimento do conflito de competência, a seguir:

> "Há conflito de competência:
> I- quando dois ou mais juízes se declaram competentes;
> II- quando dois ou mais juízes se consideram incompetentes;
> III- quando entre dois ou mais juízes surge controvérsia acerca da reunião ou separação de processos."

Portanto, impossível o provimento do presente recurso, uma vez que não se configurou a formação do conflito de competência, além do que a sentença proferida pelo Juízo da 7ª Vara Cível já transitou em julgado, conforme acima delineado.

Diante de tais considerações e em total harmonia com o parecer ministerial de fls. 130/131, conheço do recurso, pois presentes os requisitos de admissibilidade, mas, para negar-lhe provimento, mantendo incólume a sentença de primeiro grau.

É como voto, Senhor Presidente.

Fortaleza, 26 de Outubro de 2011.

PROCESSO Nº 443367-70.2000.8.06.0000/0.
APELAÇÃO - CÍVEL.
APELANTE: COMPANHIA ENERGÉTICA DO CEARÁ - COELCE.
APELADO: CARLOS ALBERTO LOIOLA.
RELATOR:DESEMBARGADOR CLÉCIO AGUIAR DE MAGALHÃES.

EMENTA:
APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO ANULATÓRIA DE COBRANÇA CUMULADA COM REPARAÇÃO DE DANOS. DÉBITO DE ENERGIA ELÉTRICA. SUPOSTA FRAUDE NO MEDIDOR. LAUDO PERICIAL ATESTANDO A INEXISTÊNCIA DE CRIME. COBRANÇA INDEVIDA. DANOS MATERIAIS E MORAIS CONFIGURADOS. SENTENÇA CONFIRMADA.

1. A presente lide refere-se ao pleito de anulação de cobrança indevida de consumo de energia elétrica cumulada com reparação de danos materiais e morais, decorrente de suposta fraude no medidor constatada na residência do demandante.
2. É inevitável que primeiramente seja comprovada a efetiva ocorrência de fraude no medidor de consumo de energia elétrica, para que se afira a adequação da cobrança do débito em alusão.
3. Diante da inegável aplicação do Código de Defesa do Consumidor às concessionárias de serviço público, considero acertada a determinação pelo Juízo a quo ao presente caso da inversão do ônus da prova em favor do consumidor que afirma não ser responsável pelo desvio na fiação elétrica verificado, cujo status de desativação foi devidamente atestado pelo laudo pericial realizado pelo Instituto de Criminalística da Secretaria da Segurança Pública e Defesa da Cidadania do Estado do Ceará, acostado aos autos.
4. É assente, no âmbito do c. Superior Tribunal de Justiça, a possibilidade de inversão do ônus da prova decorrente de relação consumerista, uma vez que restou expressamente prevista no Código de Defesa do Consumidor; não se configurando, portanto, hipótese de cerceamento de defesa, posto que se dá oportunidade ao fornecedor de comprovar a higidez do produto oferecido ou do serviço prestado, por ser ele o detentor das informações e dos meios técnicos adequados

para tal produção probatória.
5. Desta feita, não constando nos autos a comprovação pela concessionária sobre a efetiva ocorrência de fraude no medidor de consumo de energia elétrica referente à residência do demandante, deve ser considerado que inexistiu a suposta adulteração; concluindo, portanto, pela consequente inadequação da cobrança realizada, conforme alegado na exordial.
6. Uma vez verificada a ocorrência de cobrança indevida pela concessionária de energia elétrica, a ensejar o dever de reparação dos danos suportados pelo autor, não é razoável arbitrar uma indenização irrisória, nem de gravame demasiado ao ofensor, pois esta pode gerar enriquecimento sem causa para o lesionado, e aquela não surtiria um dos efeitos da condenação, qual seja, o de desestimular a reiterada prática de atos da mesma natureza.
7. Apelo conhecido e desprovido. Sentença confirmada.

ACORDÃO

Acordam os Desembargadores integrantes da Quinta Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, por uma de suas Turmas, por unanimidade, em conhecer do recurso interposto, para negar-lhe provimento, tudo de conformidade com o voto do e. Relator.

Fortaleza, 5 de outubro de 2011.

RELATÓRIO

Cuida-se de Apelação Cível interposta pela Companhia Energética do Ceará - COELCE, em face de sentença proferida pelo Juízo da 4ª Vara da Comarca de Sobral, nos autos do Processo nº 2000.0016.2075-5 (Ação Ordinária de Anulação de Cobrança c/c Perdas e Danos).

Aduz o promovente, em síntese, ser usuário e titular da conta de consumo de energia do imóvel situado na cidade de Sobral na Alameda Maranhão nº 08, na condição de locatário do bem; sendo-lhe imputado, no dia 06 de abril de 1995, débito de R$ 11.846,06 (onze mil, oitocentos e quarenta e seis reais e seis centavos), referente ao furto de energia verificado por meio do Termo de Ocorrência nº 26/95.

Assevera que apesar da negativa de autoria, optou pela composição amigável com a concessionária mediante o pagamento de R$ 6.728,59 (seis mil, setecentos e vinte e oito reais e cinquenta e nove centavos); que os funcionários da

promovida efetuaram o desligamento da ligação clandestina, deixando a fiação interna desativada, sob o argumento de que não poderia quebrar as paredes sem a autorização do proprietário do imóvel.

Afirma que, em fiscalização realizada em 24 de julho de 1998, foi surpreendido com nova suspeita de fraude com lavratura do termo de ocorrência nº 66567 e cobrança do valor de R$ 10.928,69 (dez mil, novecentos e vinte e oito reais e sessenta e nove centavos) referente à diferença de consumo retroativa a 02 (dois) anos, sob pena de suspensão ou corte no fornecimento de energia elétrica, inobstante à existência de Laudo Pericial procedido pelo Instituto de Criminalista da Secretaria de Segurança do Estado do Ceará, atestando a desativação da ligação clandestina.

O magistrado *a quo* julgou procedente o pleito autoral, para declarar nula a cobrança lançada na conta de luz de fls. 20, condenando a promovida a pagar ao promovente o valor de R$ 1.360,00 (hum mil, trezentos e sessenta reais), acrescido de juros de 6% (seis por cento) ao ano e correção monetária a partir da citação, nos termos do art. 219 do CPC a título de danos materiais, bem como o valor equivalente a 20 (vinte) salários mínimos a título de danos morais, além de custas processuais e em honorários advocatícios em 15% (quinze por cento) sobre o valor da condenação.

Apelação interposta na qual a COELCE, aduz: a inexistência de arbitrariedade nas medidas tomadas pela concessionária; a validade dos valores cobrados a título de consumo por violência ao medidor de energia; a legitimidade do corte no fornecimento de energia elétrica; bem como a inexistência do dano moral e material alegado pelo autor. Ao final, postula a reforma *in totum* da sentença adversada, com a inversão dos ônus sucumbenciais.

Autos a mim conclusos, pela primeira vez, em 24.05.2010.

Inexistindo o interesse público a que alude o art. 53, VI, do Regimento Interno desta Corte, deixei de submeter o feito à Procuradoria Geral de Justiça.

É o relatório.

VOTO

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

Cuida-se de Apelação Cível interposta pela Companhia Energética do Ceará - COELCE, em face de sentença proferida pelo Juízo da 4ª Vara da Comarca de Sobral, nos autos da Ação Ordinária de Anulação de Cobrança c/c Perdas e Danos nº 2000.0016.2075-5.

O MM. Juiz a quo julgou procedente o pleito autoral, para declarar nula a cobrança lançada na conta de luz de fls. 20, condenando a promovida a pagar ao promovente o valor de R$ 1.360,00 (hum mil, trezentos e sessenta reais), acrescido de juros de 6% (seis por cento) ao ano e correção monetária a partir da citação, nos termos do art. 219 do CPC a título de danos materiais, bem como o valor equivalente a

20 (vinte) salários mínimos a título de danos morais, além de custas processuais e em honorários advocatícios em 15% (quinze por cento) sobre o valor da condenação.

Em sua insurgência, a COELCE sustenta a inexistência de arbitrariedade nas medidas tomadas pela concessionária; a validade dos valores cobrados a título de consumo por violência ao medidor de energia; a legitimidade do corte no fornecimento de energia elétrica; bem como a inexistência do dano moral e material alegado pelo autor.

Trata-se de pleito de anulação de cobrança indevida de consumo de energia elétrica cumulada com reparação de danos materiais e morais, decorrente de suposta fraude no medidor constatada na residência do demandante.

É inevitável que primeiramente seja comprovada a efetiva ocorrência de fraude no medidor de consumo de energia elétrica, para que se afira a adequação da cobrança do débito em alusão.

Diante da inegável aplicação do Código de Defesa do Consumidor às concessionárias de serviço público, considero acertada a determinação pelo Juízo a quo ao presente caso da inversão do ônus da prova em favor do consumidor que afirma não ser responsável pelo desvio na fiação elétrica verificado, cujo status de desativação foi devidamente atestado pelo laudo pericial realizado pelo Instituto de Criminalística da Secretaria da Segurança Pública e Defesa da Cidadania do Estado do Ceará, acostado às fls. 11/17 dos presentes autos.

É assente, no âmbito do c. Superior Tribunal de Justiça, a possibilidade de inversão do ônus da prova decorrente de relação consumerista, uma vez que restou expressamente prevista no Código de Defesa do Consumidor; não se configurando, portanto, hipótese de cerceamento de defesa, posto que se dá oportunidade ao fornecedor de comprovar a higidez do produto oferecido ou do serviço prestado, por ser ele o detentor das informações e dos meios técnicos adequados para tal produção probatória.

In casu, cumpre ressaltar, prepondera a presunção da inocorrência da fraude no medidor de consumo de energia elétrica na residência do demandante, conforme imputado pela concessionária, posto que esta não se desincumbiu do seu ônus de produzir, nos autos, prova capaz de comprovar a suposta adulteração.

Nesse sentido, cito os seguintes precedentes do c. Superior Tribunal de Justiça:

> ADMINISTRATIVO. PROCESSUAL CIVIL. FRAUDE NO MEDIDOR DE ENERGIA ELÉTRICA. COMPROVAÇÃO DA AUTORIA. NECESSIDADE. ÔNUS DA PROVA.
>
> 1. Recurso Especial em que se discute a possibilidade de responsabilização de consumidor de energia elétrica por débito de consumo, sem a comprovação inequívoca de sua autoria na fraude do medidor.
>
> 2. **A empresa concessionária não tem direito à inversão do ônus da prova pelo Código de Defesa do Consumidor, porquanto não ostenta a qualidade de consumidor, mas de fornecedor do serviço**.

> 3. *In casu*, constatou-se por prova técnica que o medidor encontrava-se fraudado, e contra isso não se insurgiu o consumidor. A empresa constituiu um título com o qual buscou pagar-se do preço, imputando, contudo, a autoria da fraude ao consumidor sponte sua.
> 4. **Não se pode presumir que a autoria da fraude no medidor seja do consumidor em razão somente de considerá-lo depositário de tal aparelho e por este situar-se à margem de sua casa**, como entendeu a Corte de origem.
> 5. A empresa concessionária, além de todos os dados estatísticos acerca do regular consumo, ainda dispõe de seu corpo funcional, que, mês a mês, verifica e inspeciona os equipamentos. Não é razoável que deixe transcorrer considerável lapso de tempo para, depois, pretender que o ônus da produção inverta-se em dano para o cidadão.
> 6. **A inversão do ônus da prova em prejuízo do consumidor equivale a tornar objetiva sua responsabilidade, hipótese inaceitável nas relações de direito do consumidor, pois este se encontra em posição de inferioridade econômica em relação à concessionária**,
> 7. **A boa-fé no CDC é o princípio orientador das condutas sociais, estreitamente ligado ao principio da razoabilidade, dele se deduzindo o comportamento em que as partes devem se pautar. Sob essa nova perspectiva contratual, não há espaço para presumir a má-fé do consumidor em fraudar o medidor.**
> 8. Recurso Especial provido. (REsp 1135661/RS, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 16/11/2010, DJe 04/02/2011). Grifei.

De acordo com o art. 186 c/c o art. 927, ambos do Código Civil, "aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito", e "fica obrigado a repará-lo".

Observa-se que a legislação cível brasileira estabeleceu como regra geral a responsabilidade civil subjetiva, ou seja, aquela que pressupõe a existência de dolo ou culpa do agente. Somente, excepcionalmente e nos casos expressamente especificados em lei, é que se verificará a responsabilidade civil objetiva - independentemente de culpa -, nos termos do § único do supracitado art. 927.

In casu, o Código de Defesa do Consumidor prevê expressamente a responsabilidade objetiva do fornecedor de serviços na hipótese de a má prestação de serviços acarretar danos aos seus clientes, a saber:

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

Sabe-se que "o **dano moral** não é propriamente a dor, a angústia, o desgosto, a aflição espiritual, a humilhação, o complexo que sofre a vítima do evento

danoso, pois esses estados de espírito constituem o conteúdo, ou melhor, a consequência do **dano**.(...)."(Carlos Roberto Gonçalves, Comentários ao Código Civil - Parte Especial do Direito das Obrigações", vol. 11, 2003, Saraiva, pág. 926/927). Grifei.

Ademais, deve ser asseverado que sendo objetiva a responsabilidade do prestador de serviços em decorrência de defeito, torna-se desnecessária a comprovação do nexo de causalidade entre o vício do serviço e prejuízo causado à vítima, prescindindo também a comprovação do elemento subjetivo (dolo ou culpa) da concessionária, para fins de configuração do dever de indenizar o dano moral suportado pela vítima; não se podendo, portanto, olvidar a procedência da presente pretensão indenizatória.

Superada esta fase, restando inconteste a responsabilidade da concessionária de energia elétrica pela cobrança indevida e o cabimento da reparação de dano, passo à análise do quantum indenizatório. Ademais, não é razoável arbitrar uma indenização irrisória, nem de gravame demasiado aos ofensores, pois esta pode gerar enriquecimento sem causa para a vítima, e aquela não surtiria um dos efeitos da condenação, qual seja, o de desestimular a reiterada prática de atos da mesma natureza.

O c. Superior Tribunal de Justiça, julgando causa similar à trazida nos presentes autos, fixou quantum indenizatório em patamar considerado razoável e proporcional, capaz de reparar o dano moral causado ao lesionado pelos supracitados atos gravosos, a saber:

> PROCESSUAL CIVIL. OFENSA AO ART. 535 DO CPC NÃO CONFIGURADA. FORNECIMENTO DE ENERGIA ELÉTRICA. INTERRUPÇÃO INDEVIDA. DANOS MORAIS. SÚMULA 7/STJ.
> 1. O Tribunal a quo manteve a sentença que condenou a ora agravante ao pagamento de indenização por danos morais no valor de R$ 10.000, 00 (dez mil reais), por ter interrompido indevidamente o fornecimento de energia elétrica.
> 2. A solução integral da controvérsia, com fundamento suficiente, não caracteriza ofensa ao art. 535 do CPC.
> 3. A alteração do acórdão recorrido demanda reexame dos elementos fático-probatórios dos autos, o que esbarra no óbice da Súmula 7/STJ.
> 4. A jurisprudência do STJ está firmada no sentido de que é ilegítima a interrupção do serviço de energia elétrica se o débito decorrer de irregularidade no medidor apurada unilateralmente pela concessionária.
> 5. Agravo Regimental não provido. (AgRg no AREsp 9.361/RS, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 06/09/2011, DJe 12/09/2011).
>
> RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL. SAQUE INDEVIDO EM CONTA-CORRENTE REALIZADO POR TERCEIRO. *QUANTUM* INDENIZATÓRIO EXCESSIVO. REDUÇÃO. "**O valor da indenização por dano moral não pode escapar ao controle do Superior Tribunal de Justiça" (REsp n. 53.321/RJ, Min. Nilson Naves). Redução da condenação a patamar razoável, considerando as peculiaridades do caso**. Recurso especial parcialmente

> conhecido e, nessa parte, provido. (REsp 833.469/RJ, Rel. Ministro CESAR ASFOR ROCHA, QUARTA TURMA, julgado em 07/11/2006, DJ 11/12/2006, p. 383). Grifei.

Desta feita, considero que o MM. Magistrado a quo fixou o quantum indenizatório em patamar considerado razoável e proporcional, capaz de reparar o dano moral causado ao apelado pelo supracitado ato gravoso; estando, portanto, em consonância com os parâmetros utilizados pelo Colendo Superior Tribunal de Justiça em causas similares.

Por todo o exposto, firme nos propósitos acima delineados, conheço do apelo para negar-lhe provimento, confirmando a sentença recorrida nos termos em que lançada.

É como voto.

Fortaleza, 5 de outubro de 2011.

PROCESSO Nº 454440-39.2000.8.06.0000/0 (2000.0015.1004-6/0)
TIPO DE RECURSO: APELAÇÃO CÍVEL.
APELANTE: EDUCADORA E EDITORA LTDA. (ORGANIZAÇÃO FARIAS BRITO)
APELADO: RAFAEL CARLOS GIRÃO DE OLIVEIRA, REPRESENTADO POR SEUS GENITORES HENRIQUE ROVERE DE OLIVEIRA E MADÊLINE CARLOS GIRÃO.
ÓRGÃO JULGADOR: PRIMEIRA CÂMARA CÍVEL.
RELATOR: DESEMBARGADOR FRANCISCO SALES NETO.

EMENTA: DIREITO CONSTITUCIONAL E PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO DECLARATÓRIA. NÃO MERECE CHANCELA JURISDICIONAL A ATITUDE DE ESTABELECIMENTO DE ENSINO QUE RESCINDE CONTRATO DE ALUNO EM PLENA TERCEIRA ETAPA DO ANO LETIVO SOB O ARGUMENTO DE QUE O MESMO NÃO TINHA BOM DESEMPENHO, EXATAMENTE QUANDO SUAS NOTAS ESTAVAM BEM MELHORES, SEM FALTA GRAVE DISCIPLINAR E AINDA SOB O PRETEXTO DE QUE AS ATIVIDADES DA ESCOLA NÃO LHE ESTAVAM DESPERTANDO CURIOSIDADE, SEM COMUNICAÇÃO PRÉVIA À SUA FAMÍLIA, CONSTITUINDO UM ATENTADO À CONSTITUIÇÃO CIDADÃ DE 1988. RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO.

1. É cabível a ação declaratória para aclarar incerteza envolvendo matéria legal e constitucional.(Precedente do STJ).
2. "O efeito meramente declaratório retroage à época em que se formou a relação jurídica ou em que se verificou a situação jurídica declarada e, pois, efeito "ex tunc" (Moacir Amaral Santos, em Primeiras Linhas de Direito Processual Civil, 3º vol. Pág. 31)
3. "A criança e o adolescente têm direito à liberdade, ao respeito e à dignidade como pessoas humanas em processo de desenvolvimento e como sujeitos de direitos civis, humanos e sociais garantidos na Constituição e nas leis" (artigo 15 do ECA).
4. "A República Federativa do Brasil formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e Distrito Federal

constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: I- a soberania; II- a cidadania; III- a dignidade da pessoa humana" (artigo 1º da CF).
5. "O ensino é livre à iniciativa privada atendidas as seguintes condições: I- cumprimento das normas gerais da educação nacional" (Artigo 209 da CF).

ACÓRDÃO

Vistos, discutidos e relatados os presentes autos de APELAÇÃO CÍVEL n.º 454440-39.2000.8.06.0000/0, 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, porém, para NEGAR-LHE PROVIMENTO, tudo nos termos do voto do Relator.

Fortaleza, 07 de fevereiro de 2011.

RELATÓRIO

Tratam os autos de apelação interposta por Educadora e Editora Ltda. (Organização Farias Brito), contra sentença da lavra do 4º Módulo Jurisdicional da Infância e Juventude que julgou procedente ação declaratória proposta por Rafael Carlos Girão de Oliveira, representado por seus genitores Henrique Rovere de Oliveira e Madêline Carlos Girão contra a apelante.

Foi proposta, anteriormente, pelo apelado ação cautelar, obtendo medida liminar que, posteriormente, foi cassada, por uma das Câmaras do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará. A autoridade judicial em face disso suspendeu o processo cautelar, não proferindo julgamento.

O apelado, aluno da Organização Farias Brito, sem aviso prévio, lhe deu a documentação de transferência sob alegação de que o mesmo não estava tendo um bom desempenho escolar, prejudicando a si e aos seus companheiros de classe.

A sentença vergastada pontificou que o aluno apresentava-se com dificuldades em algumas matérias na 1ª etapa, mas que foram superadas na 3ª etapa, além de não ter cometido nem uma falta grave de indisciplina, concluindo que não havia causa justa para a transferência "ad nutum", julgando procedente a ação declaratória, parcialmente, deixando de condenar a apelante na indenização em perdas e danos por não ser o juízo competente para esse tipo de demanda.

A apelante, não satisfeita com a decisão, apelou, formulando seu recurso e negritando os seguintes tópicos:

1) "Diante dessas afirmações o relato do colégio de que Rafael não conseguiu

entrosar-se na turma e não conseguiu fazer amigos é algo que nos leva a refletir a respeito das consequências danosas que traria à sua personalidade".

2) Além disso, a escola alega que Rafael comporta-se de modo apático, demonstrando um total desinteresse por todas as atividades propostas pela escola. A apatia é bastante grave porque não condiz com o comportamento do adolescente."

3) "Em geral o adolescente mostra-se desinteressado porque não está suficientemente integrado ao ambiente e porque as atividades propostas não estão sabendo despertar sua curiosidade. (…) Assim a tarefa deve ser dividida entre a escola e a família. Não dá para estimular um apático. A pessoa precisa ter um mínimo de interesse para que possa ser multiplicado".

O apelado ofertou contrarrazões, oportunidade, em que repisou os pontos fixados na sentença, além de suplicar pela indenização por danos morais não reconhecidos na decisão, contudo, não apresentou recurso adesivo.

A Procuradoria Geral de Justiça, em seu brilhante parecer, sugeriu o conhecimento do recurso, porém, pelo seu desprovimento.

O processo somente foi distribuído para esta relatoria em 26 de outubro de 2010, e, me foi feita a conclusão em 30 de novembro de 2010.

É o relatório.

À douta Revisão.

VOTO

1. ADMISSIBILIDADE.

Recebo o presente recurso por reunir o requisitos extrínsecos e intrínsecos que dão "placet" ao juízo de admissibilidade.

2. FUNDAMENTOS.

Inicialmente, devo ressaltar que a ação declaratória, posta em julgamento, fora precedida de uma ação cautelar preparatória que não fora julgada, mas, em face do advento do julgamento procedente da ação principal, creio que a mesma perdeu seu objeto, razão por que a extingo sem julgamento de mérito com fundamento no art. 808, III, combinado com os artigos 267 e 269, todos do Código de Processo Civil.

A douta juíza "a quo" não apreciou a indenização por dano morais, por considerar-se incompetente em face da natureza da matéria suscitada, não sendo objeto deste julgamento porque a parte vencida não apresentou recurso adesivo, limitando-se a suplicá-la por ocasião das contrarrazões.

A controvérsia consiste em aclarar a incerteza jurídica quanto à legalidade ou não da atitude do Colégio apelante que, sem prévia comunicação à família, sem o devido processo disciplinar, portanto, "ad nutum", expediu documentação de transferência de aluno devidamente matriculado e concluído já a terceira etapa do ano letivo, sob a

alegação de que o mesmo era apático e desentrosado da turma e que não tinha desempenho semelhante a dos companheiros de classe, e ainda porque as atividades propostas pelo colégio não estavam sabendo despertar sua curiosidade.

A douta magistrada planicial, inicia seu julgamento salientando o seguinte:

> "Saliento, inicialmente que a Ação meramente Declaratória tende a simples existência ou inexistência de uma relação jurídica, ou, igualmente, da autenticidade ou falsidade de documento. Funda-se no artigo 4º do Código de Processo Civil: "O interesse do autor pode limitar-se à declaração".

De outra feita, vale relembrar, ainda o que nos ensina em magnífica lição sobre a matéria, o consagrado Moacir Amaral Santos (Primeiras Linhas de Direito Processual Civil, vol. 3º, p. 31):

> "O EFEITO MERAMENTE DECLARATÓRIO RETROAGE Á ÉPOCA EM QUE SE FORMOU A RELAÇÃO JURÍDICA, OU EM EQUE SE VERIFICOU A SITUAÇÃO JURÍDICA DECLARADA. E, POIS, EFEITO " EX-TUNC"
> "DEDUZ-SE, POIS, ANALISANDO A MATÉRIA 'SUB JUDICE' QUE O AUTOR, NÃO INTERESSA MAIS ESTUDAR NO ESTABELECIMENTO EDUCACIONAL DO QUAL FOI DESLIGADO, QUANDO A DIRETORA DA ESCOLA EMITIU A DECLARAÇÃO DE TRANSFERÊNCIA DO AUTOR, COMUNICANDO ESSA DECISÃO À GENITORA DO ALUNO, ORA INTERESSADO NA SOLUÇÃO DESSE CONFLITO".

Creio que a sentença não merece reproche quanto ao enfatizado entendimento.

O STJ orienta que "a sentença proferida em ação declaratória não tem efeitos gerais e "erga omnes". Limita-se a afastar a incerteza jurídica das relações existentes à época do ajuizamento da ação" (RSTJ 129/170).

Feito este preâmbulo, adentro no mérito dissecando a prova contida nos autos.

Em primeiro lugar sem que houvesse cometido falta grave disciplinar que, autorizasse o colégio, compulsoriamente, de acordo com a cláusula 11 do contrato entranhado neste caderno processual, expediu a declaração de transferência, resultando, assim, na rescisão unilateral do contrato escolar.

Com relação ao desempenho, a documentação demonstra que o aluno, na verdade, teve dificuldades nas primeiras etapas, porém, já na 3ª etapa, obteve bons resultados como se extrai do quadro de fls. 39/41:

Médias Gerais da 1ª etapa:
Português: 8,0 – Inglês: 4,5;
Matemática: 5,0 – Física: 7,5;
Química: 6,0 – Biologia: 4,5;
História: 3,5 – Geografia: 5,5;

Médias Gerais da 2ª Etapa:
Português: 8,0 – Inglês: 7,5;
Matemática: 5,0 – Física: 5,5;
Química: 6,0 – Biologia: 6,0;
História: 6,0 – Geografia: 6,0;
Notas Parciais da 3ª Etapa
Português: 9,0 – Física- 8,4 – Geometria: 7,5;
Redação: 8,2 – Álgebra: 7,2 – Química: 10,0.

Ora, como argumentou a douta magistrada, prolatora da sentença, sob exame, se o aluno apresentava-se com dificuldades em algumas matérias na 1ª etapa, procurou esforçar-se e demonstrou que seria capaz de superá-las nas etapas seguintes, principalmente, na 3ª, quando foi rescindido o contrato.

A questão da apatia não condizente com o adolescente é fase que acontece com todo jovem, necessitando da ajuda da família, do Colégio, através de um psicólogo ou outra metodologia adequada. Também, não se pode justificar a rescisão sob a alegação de que as atividades do Colégio não despertavam a curiosidade do aluno em apreço. É uma assertiva muito subjetiva e pode ser aproveitada como argumento contrário à tese defendida pelo apelado.

Assim, entendo que o apelante através de sua atitude em rescindir o contrato unilateralmente, expedindo declaração de transferência, ofendeu literalmente o artigo nº15 do ECA:

> "A criança e o adolescente têm direito à liberdade, ao respeito e à dignidade como pessoas humanas em processo de desenvolvimento e como sujeitos de direito civis, humanos e sociais garantidos na Constituição e nas leis".

Igualmente, a absurda transferência sem o devido processo legal feriu de morte a Constituição Brasileira em vários dispositivos a saber:

Título I - Dos princípios fundamentais.

> Artigo 1º - A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:
> I - a soberania
> II- a cidadania
> III- a dignidade da pessoa humana.
>
> Art. 209 - O ensino é livre à iniciativa privada atendidas as seguintes condições:
> I - cumprimento das normas gerais da educação nacional.

A dignidade da pessoa humana, conforme ensina Alexandre de Morais,

"é princípio consagrado pela Constituição e apresenta-se em dupla concepção. Primeiramente, prevê um direito individual protetivo, seja em relação ao próprio Estado, seja em relação aos demais indivíduos. Em segundo lugar, estabelece verdadeiro dever fundamental de tratamento igualitário dos próprios semelhantes".(Constituição Brasileira Interpretada, 3ª ed. Pág. 129).

KANT formulou o segundo imperativo categórico como exigência do princípio da dignidade humana: "Age de tal forma que trates a humanidade, tanto na tua pessoa como na pessoa de qualquer outro, sempre também como fim e não unicamente como meio". (citação feita por Joséulo Luiz Quadros Magalhães, em Comentários à Constituição Federal de 1988, Coordenada por Paulo Bonavides e Walber de Moura Agra, pág.21).

Como se nota o Colégio apelante não atentou para o aludido princípio, razão da presente ação declaratória que, conforme o STJ tem cabimento "para que seja declarada a invalidade contrária à Constituição ou às leis" (STJ- 4ª T. RESP 191.041-SP. Rel. Min. Rui Rosado, em Código de Processo Civil, Teotônio Negrão, 40ª ed.. Pág. 125).

Por outro lado "O constituinte de 1988, ao disciplinar sobre a educação, estabeleceu que o ensino pode ser explorado pela iniciativa particular, porém essa deve obedecer a algumas condições. Por entender o controle da qualidade da prestação do serviço educacional, em razão do seu elevado relevo social, condicionou a atuação da iniciativa provada ao cumprimento das normas gerais de educação e autorização e avaliação por Poder Público" (José Roberto Cavac em obra citada, pág. 2261).

Ressalto um dos trechos da sentença vergastada: "Assim sendo, dentro do espírito e da letra da Carta Magna e do respeito à igualdade, afastando- do Colégio não ofereceu-lhe oportunidade de defesa, se considerando, inclusive, o direito Constitucional, face à ausência de processo disciplinar". Faz lembrar o conselho de Ronald Dworkin na sua obra monumental "A Justiça de Toga", pág. 198: "[...] Estamos comprometidos, por meio de nossa história, com a estratégia institucional de pedir aos juízes, homens e mulheres com formação jurídica que façam cumprir essas garantias de igual cidadania.".

No tocante à condenação em verba honorária, em sede de ação declaratória, a douta magistrada adotou orientação do STJ: "No processo de ação declaratória é possível o arbitramento de honorários, por sucumbência, tomando-se como referência o valor da causa.".

3. DISPOSITIVO.

Isto posto, voto pelo conhecimento e desprovimento do recurso, mantendo incólume a decisão singular.

Fortaleza, 07 de fevereiro de 2011.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 491480-52.2000.8.06.0001/1
ORIGEM: 6ª VARA DA FAZENDA PÚBLICA DE FORTALEZA
APELANTES:MÁRIO MIRANDA FILHO E ESTADO DO CEARÁ.
APELADOS: OS MESMOS APELANTES.
RELATORA: DESA. MARIA NAILDE PINHEIRO NOGUEIRA

EMENTA:
DIREITO CONSTITUCIONAL, ADMINISTRATIVO E CIVIL. RECURSOS DE APELAÇÃO CÍVEL E ADESIVO. REMUNERAÇÃO DOS AGENTES PÚBLICOS. PUBLICAÇÃO NA REDE MUNDIAL DE COMPUTADORES (INTERNET). OFENSA À INTIMIDADE E PRIVACIDADE. INOCORRÊNCIA. APLICAÇÃO DOS PRINCÍPIOS REGENTES DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA (LEGALIDADE, IMPESSOALIDADE, MORALIDADE, PUBLICIDADE E EFICIÊNCIA). ART. 37, CF/88. AUSÊNCIA DE RESPONSABILIDADE CIVIL ESTATAL. DANO MORAL INDEVIDO. 1. No estado democrático de direito, avulta a importância da publicidade dos atos estatais para a própria existência da democracia 2. O simples manejo pela Administração Pública de lista apontando servidores com remuneração bruta acima de R$ 7.800,00 (sete mil e oitocentos reais) dando publicidade através da internet de fatos verídicos, não cria direito subjetivo daquelas pessoas que constam na relação de buscarem indenização por dano moral junto ao Estado. 3. Na seara da Administração Pública, é inadmissível falar-se em privacidade e intimidade. 4. Não pode haver dúvidas sobre a necessidade de publicidade ampla a respeito da remuneração paga aos agentes públicos. Aliás, isso já vem sendo feito de forma parcial, ou seja, o pagamento devido aos ocupantes de cada cargo público é definido por meio de lei. 5. Ausência de nexo causal a ensejar indenização por dano moral do Ente Federativo. 6. Precedentes do STF e desta Corte. 7. Recurso de Apelação Cível interposto pelo Estado do Ceará, conhecido e provido. 8. Recurso interposto pelo Autor conhecido e improvido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de Apelação Cível de

nº 491480-52.2000.8.06.0001/1, em que figuram como partes as acima indicadas, ACORDAM os Desembargadores membros da Segunda Câmara Cível do Egrégio Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, por unanimidade, em conhecer dos recursos apelatórios, para dar provimento ao apelo do Estado do Ceará e negar provimento ao apelo do Autor, nos termos do voto da Desembargadora Relatora.

Fortaleza, 19 de outubro de 2011.

Relatório às fls.

VOTO.

Inicialmente, conheço dos recursos uma vez preenchidos os requisitos intrínsecos e extrínsecos de admissibilidade.

A questão gravita em torno de eventual ilicitude cometida pelo Estado do Ceará ao veicular na rede mundial de computadores (INTERNET) lista contendo, dentre outros, os vencimentos do Apelante sob o título "Servidores com remuneração bruta acima de R$ 7.800,00 se o efeito cascata não tivesse sido suspenso – dados referentes à última folha com cascata - setembro de 1999" (fl. 20).

Anoto, inicialmente, que atualmente existe um amplo consenso na doutrina e na jurisprudência a respeito da importância da publicidade dos atos estatais para a própria existência da democracia.

Com efeito, não se pode imaginar um "governo do povo, para o povo e pelo povo" se esse mesmo povo não tem acesso àquilo que é feito em seu nome dentro da máquina estatal.

Constata-se um suposto conflito aparente de princípios constitucionais, a saber: direito a intimidade x publicidade dos atos públicos.

Nesse passo, há de se afastar, *in casu*, o princípio do direito a intimidade, avultando, desta forma, o princípio da publicidade dos atos públicos. É que, não vislumbro suposta agressão da intimidade do Autor da inicial, em face da conduta do Estado em veicular seu nome na rede mundial de computadores expondo o valor referente à sua remuneração para a sociedade.

Insta observar que, o sigilo torna-se necessário em determinadas situações, principalmente naquelas referentes à defesa externa (segurança nacional), às investigações criminais (segurança interna) e à defesa da privacidade e da intimidade quando for prescindível a sua divulgação. Essas situações, porém, são exceções e, por isso, somente podem ser aceitas de modo muito restrito, quando estiver evidenciada a sua necessidade.

Assim, fora desses casos excepcionais, o sigilo dos atos do Estado é uma maneira de colocá-lo a serviço de determinadas pessoas ou grupos, em visível afronta ao princípio constitucional da impessoalidade.

No estado democrático de direito, a publicidade dos atos administrativos somente poderá ser excepcionada quando o interesse público assim determinar, prevalecendo esse em detrimento do princípio da publicidade. Ora, o simples manejo pela Administração Pública de lista apontando servidores com remuneração bruta acima de R$ 7.800,00 (sete mil e oitocentos reais) dando publicidade através da internet de fatos verídicos, não cria direito subjetivo daquelas pessoas que constam na relação de buscarem indenização por dano moral junto ao Estado.

Entendo que, ao contrário da argumentação do Autor da Ação de Indenização por dano moral, a iniciativa por parte do Estado é bastante louvável, uma vez que aumenta a transparência da Administração Pública e a aproxima do cidadão.

Todavia, como exposto acima, é inegável que parece existir, ao menos, uma tensão entre dois princípios constitucionais: publicidade e intimidade. A questão é fazer a adequada ponderação entre os direitos à privacidade e à intimidade dos servidores públicos e o princípio da publicidade da Administração Pública.

No que concerne à Administração Pública, é inadmissível falar-se em privacidade e intimidade.

Ao contrário, é bem sabida a necessidade de máxima transparência, inclusive, e, obviamente, no que se refere a seus gastos. É absolutamente, inadmissível que, em uma democracia, a população não tome conhecimento do destino de seus tributos.

Em razão disso, não pode haver dúvidas sobre a necessidade de publicidade ampla a respeito da remuneração paga aos agentes públicos. Aliás, isso já vem sendo feito de forma parcial, ou seja, o pagamento devido aos ocupantes de cada cargo público é definido por meio de lei.

Nessa esteira qualquer pessoa tem condições de saber quanto deve receber, por exemplo, o Presidente da República, um Desembargador, um Procurador de Justiça, um professor, um enfermeiro, ou seja, qualquer agente público que receba remuneração do Estado.

Destaco que a divulgação de “super salários” e de “marajás” não pode ser atribuída ao Estado e sim, a Imprensa, rompendo, destarte, o nexo causal a ensejar indenização por dano moral do Ente Federativo.

Alerto que não vislumbro qualquer possibilidade do ato estatal conter o escopo de malferir a honra daqueles servidores que tiveram seus nomes expostos na rede mundial de computadores, ao contrário, buscou a Administração Pública - ante os princípios plasmados no art. 37 da Constituição da República (legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência) – dar transparência aos atos governamentais de gestão.

É necessário não perder de vista a decisão do Presidente do STF, Ministro Gilmar Mendes, que deferiu liminar suspendendo duas decisões do Tribunal de Justiça de São Paulo (TJ-SP) contrárias à divulgação dos dados, citada, aqui, no venerando voto exarado pela 1ª Câmara Cível deste Tribunal de Justiça, de cuja dicção

depreende-se a rigidez dos argumentos ora apresentados na Apelação Cível nº 11771-94.2004.8.06.0000/0, manejada em face do Estado do Ceará, *in verbis*:

> "Num juízo mínimo de delibação sobre o mérito da causa, apreende-se que a questão constitucional em debate no caso concreto está em saber se a divulgação da remuneração bruta mensal vinculada ao nome de cada servidor municipal, em sítio eletrônico na Internet denominado "De Olho nas Contas", de domínio da municipalidade, significa:
> a concretização do princípio da publicidade (art. 37, CF/88) e o dever de transparência com os gastos públicos; ou
> a exposição indevida de um aspecto da vida do servidor público - dado pessoal, protegido pela inviolabilidade da intimidade, da vida privada, da honra e da imagem dos servidores; ou
> (3) a violação da garantia da segurança da própria sociedade e do Estado - art. 5º, XXXIIII, CF/88 (sociedade, no caso, constituída pelos servidores públicos municipais e por aqueles que dele dependem).
> O princípio da publicidade está ligado ao direito de informação dos cidadãos e ao dever de transparência do Estado, em conexão direta com o princípio democrático.
> O princípio da publicidade pode ser considerado, inicialmente, como apreensível em duas vertentes: (1) na perspectiva do direito à informação (e de acesso à informação), como garantia de participação e controle social dos cidadãos (a partir das disposições relacionadas no art. 5º, CF/88), bem como (2) na perspectiva da atuação da Administração Pública em sentido amplo (a partir dos princípios determinados no art. 37, *caput*, e artigos seguintes da CF/88).
> A Constituição Federal de 1988 é exemplar na determinação de participação cidadã e publicidade dos atos estatais. Destacam-se, por exemplo, o direito de petição e de obtenção de certidões, de garantia do habeas data, de realização de audiências públicas e da regra de publicidade de todos os julgamentos do Poder Judiciário (art. 93, IX, CF/88).
> Nesse sentido, a Constituição abriu novas perspectivas para o exercício ampliado do controle social da atuação do Estado, com destacada contribuição da imprensa livre, de organizações não governamentais e da atuação individualizada de cada cidadão.
> Ao mesmo tempo, os novos processos tecnológicos oportunizaram um aumento gradativo e impressionante da informatização e compartilhamento de informações dos órgãos estatais, que passaram, em grande medida, a serem divulgados na Internet, não só como meio de concretização das determinações constitucionais de publicidade, informação e transparência, mas também como propulsão de maior eficiência administrativa no atendimento aos cidadãos e de diminuição dos custos na prestação de serviços. […]
> A criação dos Portais de Transparência dos diversos entes estatais, nos diferentes níveis de governo, tem proporcionado a experimentação social da relação cidadão-Estado e o exercício do controle social dos gastos públicos em novas perspectivas.
> A despeito desse avanço positivo, não se olvida que o tratamento dos dados e informações públicos e a sua divulgação devem ter como meta a

transmissão de uma informação de interesse público ao cidadão (individual ou coletivamente), desde que inexista vedação constitucional ou legal. Assim, veda-se a divulgação de informação inútil e sem relevância, que deturpe informações e dados públicos em favor de uma devassa, de uma curiosidade ou de uma exposição ilícitas de dados pessoais, para mero deleite de quem a acessa.

Em outros termos, o artigo 5º, XXXIII, da Constituição, condiciona a divulgação de informações de interesse público individual, coletivo ou geral à segurança da sociedade e do Estado. […]

No caso referido no presente pedido de suspensão, há a discussão da constitucionalidade da divulgação de dados de domínio público-estatal, que abarcam uma possível justaposição entre um aspecto individualizado e específico do servidor público municipal (remuneração bruta mensal vinculada ao nome do servidor público municipal), em contraposição à concretização do princípio da publicidade, do direito à informação dos cidadãos e ao dever de transparência dos gastos públicos estatais.

O pedido de suspensão, por sua vez, aponta grave lesão à ordem pública, pois as decisões liminares impugnadas impediriam, ao fundamento de preservação da intimidade dos servidores, a concretização da política pública de transparência e possibilidade de maior controle social dos gastos públicos.

No caso, entendo que, quanto às decisões liminares que determinaram a suspensão da divulgação da remuneração bruta mensal vinculada ao nome de cada servidor municipal, em sítio eletrônico na Internet denominado "De Olho nas Contas", de domínio da municipalidade, está devidamente demonstrada a ocorrência de grave lesão à ordem pública.

À semelhança da legislação federal existente sobre o tema, a legislação municipal (fls. 122-126), em princípio, abriu margem para a concretização da política de gestão transparente da Administração Pública, possibilitando maior eficiência e ampliação do controle social e oficial dos gastos municipais.

Nesse sentido, as ações judiciais que suspendem a divulgação de parte das informações disponíveis no sítio eletrônico da municipalidade, com a manutenção de dados de apenas alguns servidores em detrimento de outros, acabam por tornar inócua a finalidade, o controle e a exatidão das informações prestadas pela Administração ao cidadão em geral, com evidente prejuízo para a ordem pública.

Ao mesmo tempo, a remuneração bruta mensal dos servidores públicos em geral é vinculada ao princípio da legalidade estrita, ou seja, trata-se de gasto do Poder Público que deve guardar correspondência com a previsão legal, com o teto remuneratório do serviço público e, em termos globais, com as metas de responsabilidade fiscal.

Dessa forma, não se pode olvidar que a planilha de dados e informações divulgada pelo Município de São Paulo, atualizada em 3/7/2009 (fls. 93-113), em princípio, permitiu constatar a existência de diversas remunerações mensais e remunerações totais brutas que excedem, aparentemente, não só o teto remuneratório municipal, mas, em alguns casos, até mesmo o teto remuneratório federal (fl. 97), com valores que quase alcançam R$ 50.000,00 (cinqüenta mil reais).

[...] a constatação pelos cidadãos e pelos órgãos estatais em geral (a partir

> da consulta ao sítio eletrônico discutido) de indícios de possível violação ao teto remuneratório dos servidores públicos, por exemplo, abre importante margem de ação para o controle social e para o controle oficial, não só em relação aos gastos públicos, mas em relação à própria atuação adequada da Administração, no sentido de exigir-se a exatidão, em tempo hábil, das informações prestadas no sítio eletrônico, […]
> Contudo, a forma como a concretização do princípio da publicidade, do direito de informação e do dever de transparência será satisfeita constitui tarefa dos órgãos estatais, nos diferentes níveis federativos, que dispõem de liberdade de conformação, dentro dos limites constitucionais […].
> Assim, diante do dinamismo da atuação administrativa para reagir à alteração das situações fáticas e reorientar a persecução do interesse público, segundo novos insumos e manifestações dos servidores, do controle social e do controle oficial, por exemplo, deve a municipalidade perseguir diuturnamente o aperfeiçoamento do modo de divulgação dos dados e informações, bem como a sua exatidão e seu maior esclarecimento possível. […]
> Entretanto, no presente momento, diante das considerações acima expostas, entendo que as decisões impugnadas geram grave lesão à ordem pública, por impedir a publicidade dos gastos estatais relacionados à remuneração mensal dos servidores públicos, com violação da regular ordem administrativa e com efeitos negativos para o exercício consistente do controle oficial e social de parte dos gastos públicos. […].”

Em conclusão, conforme digressão acima, a remuneração de qualquer servidor público latu sensu deve obediência aos princípios gizados no art. 37 da Constituição da República, não havendo, assim, nenhuma mácula na conduta do Réu descrita na Ação Ordinária.

Trago à colação a parte final do citado voto do ilustre Des. Fernando Ximenes, acima mencionado, *verbis*:

> “Desta forma, o que fez o Estado do Ceará foi agrupar um conjunto de informação que já tinham sido disponibilizadas ao público em geral, ainda que de forma restrita, mediante o Diário Oficial do Estado ou Órgão de imprensa congênere”.

A título exemplificativo, trago à colação precedente deste Tribunal de Justiça, *verbis*:

> Ementa: CIVIL. RESPONSABILIDADE CIVIL. RELAÇÃO DE NOMES E SALÁRIOS DE SERVIDORES PÚBLICOS. PUBLICAÇÃO NO SITE OFICIAL DO ESTADO. REPERCUSSÃO NA IMPRENSA. DANO MORAL NÃO CONFIGURADO. DEVER DE INDENIZAR. INEXISTÊNCIA. SENTENÇA MODIFICADA. 1.O autor imputa ao Estado do Ceará a obrigação de lhe indenizar por suposto dano moral sofrido em decorrência da inclusão de seu nome em relação de servidores públicos estaduais com a respectiva remuneração, publicada no site oficial

> do governo. 2.Aponta ofensas que lhe teriam sido dirigidas, as quais não constam na referida relação e nem mesmo nas matérias publicadas na imprensa acerca do assunto. 3.O acervo probatório acostado aos autos é inservível para demonstrar a presença dos pressupostos indispensáveis para que fosse reconhecida a responsabilidade civil do Estado. 4.Não se vislumbra no caso qualquer ofensa ao direito à intimidade do autor, devendo prevalecer o direito à publicidade, pois conforme já decidiu o STJ: "É direito da coletividade conhecer os salários dos servidores públicos, pois, ao final de cada mês, suporta, como contribuinte, a conta da folha de pagamento do Estado. Assim, nada mais justo que assegurar a cada cidadão a possibilidade de saber o modo como são remunerados todos os que lhe prestam serviços." (Resp. nº 718210/RS) 5.Remessa e apelos conhecidos. Providas a remessa e a apelação do Estado do Ceará e desprovida a apelação do autor. Precedentes da 1ª e 2ª Câmaras Cíveis deste Tribunal. (Apelação/Reexame Necessário nº 49147530200080600011, Des. Antônio Abelardo Benevides Moraes, 3ª Câmara Cível)

Diante do exposto, por não vislumbrar nenhuma ilicitude na conduta do Estado do Ceará, declaro provida a Apelação do Estado do Ceará , negando, contudo, provimento ao apelo interposto pelo Autor, no sentido de reformar a Sentença monocrática, julgando improcedente o pedido indenizatório. Em consequência, inverto os ônus sucumbenciais, para condenar o Autor, ao pagamento dos honorários advocatícios no valor de R$ 2.000,00 (dois mil reais), com fulcro no art. 20, § 4º do Código de Processo Civil.

É como voto.

Fortaleza, 19 de outubro de 2011.

PROCESSO Nº: 539-44.2005.8.06.0164/1
TIPO: APELAÇÃO CÍVEL
COMARCA: SÃO GONÇALO DO AMARANTE
APELANTE: BANCO DO BRASIL S.A
APELADO: PETRÓLEO NOSSO LTDA.
RELATOR: Des. FRANCISCO AURICÉLIO PONTES

EMENTA: PROCESSUAL CIVIL - APELAÇÃO - EMBARGOS DE TERCEIROS - INTELIGÊNCIA DO DISPOSTO NO ART. 1.046 DO CPC - PENHORA PROCEDIDA EM BEM CUJA PROPRIEDADE RECAI EM PESSOA JURÍDICA DIVERSA DA EXECUTADA NA AÇÃO PRINCIPAL - RECURSO CONHECIDO E IMPROVIDO.

1 - Nos exatos termos do artigo 1.046 do CPC "Quem não sendo parte no processo, sofrer turbação ou esbulho na posse de seus bens por ato de apreensão judicial, em casos como o de penhora, depósito, arresto, sequestro, alienação judicial, arrecadação, arrolamento, inventário, partilha, poderá requerer lhes sejam manutenidos ou restituídos por meio de embargos".

2 - No caso destes autos, conforme restou demonstrado, diante da prova documental produzida, a embargante, ora apelada, não figurou na cédula de crédito industrial que ensejou a ação executiva, seja na qualidade de devedora principal ou de garantidora, tampouco o bem penhorado indevidamente restou indicado na cártula no item concernente às "garantias", de modo que o julgador de origem acertou ao desconstituir o ato constritivo irregular.

3 - Ademais, a Súmula de nº 303 do STJ é cristalina ao estabelecer que: "Em embargos de terceiro, quem deu causa à constrição indevida deve arcar com os honorários advocatícios", sendo, portanto, na espécie, sucumbente o apelante.

4 - Apelo conhecido e improvido, para confirmar a sentença, em todos os seus termos.

ACÓRDÃO:

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de Apelação Cível de nº 539-44.2005.8.06.0164/1, 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, para negar-lhe provimento, nos termos do voto do relator.

Fortaleza, 05 de Outubro de 2011.

RELATÓRIO

Trata-se de Apelação Cível interposta pelo Banco do Brasil S.A contra sentença proferida pelo MM. Juiz de Direito da Vara Única da Comarca de São Gonçalo do Amarante, nos autos dos Embargos de Terceiros de nº 2005.0016.4147-8/0, propostos por Petróleo Nosso Ltda..

Ao decidir o feito, às fls. 95/97, o magistrado "a quo" julgou procedentes os ditos embargos por considerar que o bem penhorado como garantia, no processo principal de execução de nº 2000.0204.4811-3, é de propriedade da embargante, e não da executada e devedora da cédula de crédito industrial (Frigonorte Ind. de Frios e Pescados Ltda.) ou de sua garantidora (Sandra Elizabeth Arruda), condenando, ainda, o embargado em custas processuais e honorários advocatícios, estes arbitrados em 10% (dez por cento) sobre o valor da dívida de origem.

Inconformado com a sentença prolatada, o exequente interpôs a presente apelação, às fls. 109/112, aduzindo que diante da "... omissão dos representantes legais da recorrida acerca da penhora indevida, bem como o erro exclusivo do oficial de justiça, conclui-se não ter o apelante, qualquer parcela de culpa no episódio, não sendo, portanto, razoável puni-lo por qualquer prejuízo que, porventura, possa ter sido causado à apelada, razão pela qual deve a decisão de primeiro grau ser reformada em todos os seus termos, inclusive no que tange à condenação no pagamento de custas e dos honorários advocatícios...".

Contrarrazões acostadas às fl. 116/122.

É o breve relatório.

VOTO:

Conheço do recurso, porquanto preenchidos os requisitos de admissibilidade.

No feito principal, o Banco do Brasil ingressou com a ação executiva de nº 2000.0204.4811-3 contra a pessoa jurídica Frigonorte Ind. de Frios e Pescados Ltda. com esteio no título executivo extrajudicial representado pela Cédula de Crédito Industrial de nº 97/00084-1, na qual restou indicado, como forma de garantia, o imóvel de propriedade de Sandra Elizabeth Arruda, matriculado no Cartório de Registro de imóveis de Paracuru-Ce, sob o nº 2.606.

Ocorre que a penhora procedida pelo meirinho, conforme atesta a certidão de fl. 75, se deu, por equívoco, em imóvel de propriedade da embargante, ora apelada, este registrado no cartório de Registro de Imóveis da cidade de Paracuru-CE, sob a matrícula de nº 2.398.

Assim, pelo que se infere após detido exame destes fólios, a pessoa jurídica embargante sobre quem recaiu a penhora indevida, além de não ter firmado qualquer contrato de cédula de crédito industrial com a referida instituição financeira, não figurou como garantidora do negócio, tampouco indicou imóvel de sua propriedade como meio de garantir eventual inadimplemento da obrigação contraída.

Sobre o tema, vejamos o que dispõe o Código de Processo Civil, mais precisamente em seu artigo 1.046, transcrito na integra:

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

Constituem-se, portanto, os embargos de terceiro meio próprio a assegurar ao possuidor ou proprietário o direito de ser mantido na posse do bem ou conservar o domínio se, por qualquer meio, sofrer apreensão judicial.

Em outras palavras, o objetivo deste instituto processual é de devolver ao titular a sua posse ou a garantia de permanência desta, diante uma efetiva ameaça, sendo, no caso, ônus do terceiro prejudicado alegar e comprovar que o ato de apreensão judicial derivado de processo alheio acarretou-lhe constrição indevida em bem do qual é possuidor, hipótese que restou devidamente confirmada, notadamente por força da certidão emitida pelo oficial de justiça responsável pelo auto de penhora anteriormente mencionado.

Ademais, alega o recorrente que caberiam aos representantes legais da empresa apelada alertar sobre o erro confesso perpetrado pelo oficial de justiça.

Tal argumento, ao sentir desta relatoria, não merece prosperar, pois compete, de modo efetivo e concreto, ao exequente, ora apelante, adotar todas as cautelas necessárias, a fim de que o feito executivo transcorra em sua perfeita normalidade, não sendo, portanto, ônus do réu cuidar de diligências sofríveis para os quais não deu causa.

Em relação aos honorários advocatícios não resta qualquer debate a ser travado, em nível jusrisprudencial, sobre a matéria.

É que, restou sedimentado, por meio da Súmula de nº 303 do STJ, que:

> "Em embargos de terceiro, quem deu causa à constrição indevida deve arcar com os honorários advocatícios".

Logo, por ser o apelante o causador da constrição irregular, deve recair sobre este os respectivos ônus sucumbenciais.

Diante do exposto, conheço do apelo, mas para negar-lhe provimento, mantendo inalterada a sentença recorrida.

É como voto, Senhor Presidente.

Fortaleza, 05 de Outubro de 2011.

PROCESSO Nº 5746-04.2003.8.06.0064/1
TIPO DA AÇÃO: Apelação Cível e Reexame Necessário
ORIGEM: AÇÃO CIVIL PÚBLICA - 2ª Vara da Comarca de Caucaia
PARTES:
APELANTES: Município de Caucaia
Adriana Lima Chaves
APELADO: Ministério Público do Estado do Ceará
RELATOR: Des. Francisco Suenon Bastos Mota
ÓRGÃO JULGADOR: 5ª Câmara Cível

EMENTA: ADMINISTRATIVO. PROCESSO CIVIL. CONSTITUCIONAL. APELAÇÃO CÍVEL E REEXAME NECESSÁRIO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. NOMEAÇÃO EM CONCURSO PRORROGADO TACITAMENTE DENTRO DOS LIMITES DO ART. 37, III, DA CF. NOMEAÇÕES VÁLIDAS EM RESPEITO AOS PRINCÍPIOS DA IGUALDADE, RAZOABILIDADE E BOA FÉ. ATOS CONVALIDADOS. FATOS NOVOS PELO *PARQUET* AUTOR DA AÇÃO CONSIDERADOS (ART. 462 DO CPC). APLICABILIDADE DA LEI Nº 9784/99, DA CONVALIDAÇÃO DOS ATOS. SENTENÇA DESTITUIDA. APELAÇÃO E REMESSA OFICIAL PROVIDAS.

1. Servidores Públicos nomeados no quadriênio constitucional de validade do concurso, prorrogado tacitamente por igual período de dois anos. Artigo 37, III, da CF.
2. Ausência de lei infraconstitucional que regulamente a forma e o tempo do ato de prorrogação de concursos públicos.
3. Ação Civil Pública movida pelo Ministério Público local contra três servidores no universo de 175, ofendendo o princípio da igualdade.
4. Não é razoável a imposição a concursados, do conhecimento da prorrogação expressa do concurso, bastando-lhes o ato convocatório e suas nomeações de boa fé.
5. Atos expressos de prorrogação tácita do concurso convalidados, tanto por edital convocatório, como por Decreto colacionado pelo Ministério Público de 2º grau que requereu o provimento dos apelos e a validade das nomeações. Art. 55 da Lei nº 9784/99 e art. 462 do CPC.
6. Sentença desconstituída. Apelos providos. Nomeações válidas com seus consectários.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acorda a TURMA JULGADORA DA QUINTA CÂMARA CÍVEL DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO CEARÁ, à unanimidade de votos, em conhecer do recurso de Apelação Cível, interposta por Adriana Lima Chaves e Município de Caucaia, e do Reexame Necessário, dando-lhes provimentos, modificando a decisão recorrida, nos autos da ação civil pública, com pedido de antecipação de tutela, aviada pelo Ministério Público Estadual, nos termos do voto do relator, o qual faz parte desta decisão.

RELATÓRIO

Trata-se de processo redistribuído nos termos da Portaria de nº 1.489/2009, no qual se cogita de apelação cível aforada pelo MUNICÍPIO DE CAUCAIA e ADRIANA LIMA CHAVES contra a sentença de fls. 180/189, proferida pela MM. Juíza de Direito da 2ª Vara da Comarca de Caucaia-CE, que julgou procedente a "Ação Civil Pública", ajuizada pelo MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO CEARÁ.

O *decisum* recorrido julgou procedente o pedido constante na exordial, reconhecendo a nulidade dos atos administrativos de nomeação dos réus Adriana Lima Chaves (fls. 60), Joílson Luiz de Oliveira (fls. 58) e Natássia Medeiros Costa (fls. 62), no cargo de procurador substituto ANS, do Município de Caucaia e o consequente desligamento dos mesmos do quadro de pessoal daquela municipalidade, por terem ocorrido após o lapso temporal de 02 (dois) anos, não prorrogado formalmente pela administração municipal, de validade do concurso a que se submeteram.

Com a inicial de fls. 02 a 21, acostou o Ministério Público acionante os documentos de fls. 22 a 67, constante de cópias de editais, do jornal Diário do Nordeste, do resultado do concurso, termos de posse, Boletim Oficial do Município e de portarias e requisições típicas de atos de apurações do órgão ministerial local, tudo com o objetivo precípuo de ver demonstrado que os réus foram nomeados de forma extemporânea à vigência do concurso.

A douta Juíza *a quo*, em decisão que repousa às fls. 70/73, deferiu medida liminar, determinando o afastamento provisório do cargo de procurador municipal de Caucaia, dos litisconsortes Adriana Lima Chaves, Joílson Luiz de Almeida e Natássia Medeiros Costa. Entretanto, conforme se observa da documentação de fls. 77/93, a ordem foi suspensa em consequência de deferimento do pedido de suspensão, pelo então Excelentíssimo Desembargador Presidente do Tribunal de Justiça do Ceará João de Deus Barros Bringel.

Devidamente citados, os réus apresentaram as contestações dormitantes às fls. 95/98 e 100/123, assim como o Município de Caucaia apresentou sua defesa às fls. 157/169, todos regularmente representados, os quais rebatem, consonantes, as

afirmações do acionante, baseando-se na convalidação do "ato TÁCITO de prorrogação do concurso, assim como nos princípios da boa fé e da segurança das relações jurídicas, imprescindíveis à própria existência do Direito", além de terem pedido exoneração, afastamento ou renúncia de outros cargos para assumirem, de boa fé, o ora questionado cargo de procurador municipal.

O representante do Ministério Público oficiante no Juízo *a quo* apresentou manifestação às fls. 171/179, mantendo seu posicionamento inicial, acrescendo que os promovidos deveriam ter conhecimento da expiração do prazo de validade do concurso em tablado.

Em sentença, com base na documentação colacionada e no art. 37, IV, da Constituição Federal, o Juízo *a quo* rechaça os argumentos do Município de Caucaia, entendendo descabidas as alegações de economia, nas quais argumenta que seria dispendioso novo concurso, bem como a tese da convalidação dos atos administrativos, posto que o "interesse público há de prevalecer sobre os interesses privados", decidindo pelo imediato afastamento dos promovidos, por não terem sido nomeados dentro do prazo de validade, sujeitando a decisão ao duplo grau de jurisdição, por força do artigo 475, I, do C.P.C.

Irresignada, a promovida Adriana Lima Chaves apresentou, tempestivamente, razões de apelação, às fls. 196/205, insistindo na convalidação do ato administrativo que a nomeou Procuradora, e o Município de Caucaia, na condição de litisconsorte passivo, apresentou, no lapso temporal, recurso de apelação, argüindo que o concurso objeto do Edital 01/98, não teria caducado em 24.03.2001, portanto, as nomeações seriam válidas.

Contra razões do Ministério Público de primeiro grau às fls. 242 usque 246, pela manutenção da sentença e improvimento das apelações intentadas.

Recebido em ambos os efeitos, foram os apelos enviados a esta Corte de Justiça.

Aberta vista ao Ministério Público de Segundo grau (fls.257/260), este opinou pelo provimento do recurso, com a consequente reforma do decreto sentencial, sustentando fato novo, em consonância com o disposto no art. 462 do CPC, fazendo juntar cópia de Diário Oficial do Município de Caucaia, datado de 29.07.2009, em que consta a prorrogação do concurso em comento, bem como pela inexistência de óbice à prorrogação tácita por mais dois anos e com base na segurança jurídica e da razoabilidade.

É o relatório.

VOTO

1. DA VALIDADE DO CONCURSO

Prefacialmente é de se frisar que o concurso em comento, regido pelo

edital 01/98 (fls. 23/43) previa 10 (dez) vagas para Procurador (item 1.1 – fl. 23v) e teria validade de 02 (dois) anos (fl. 27), a contar da data de sua homologação, ocorrida em 24 de março de 1999, podendo ser prorrogado, uma única vez, por igual período.

Como se constata, o referido concurso expirava seu prazo inicial em 24 de março de 2001 e poderia ser prorrogado até 24 de março de 2003, como dispõe o artigo 37, III, da Constituição Federal, assim delineado:

> "Art. 37. (omissis)
> I-...
> II-...
> III- o prazo de validade do concurso público será de até dois anos, prorrogável uma vez, por igual período."

A Constituição Federal determina que o ingresso no serviço público para ocupação de cargos efetivos depende de aprovação em Concurso Público, na forma do art. 37, II, e como sendo uma Constituição analítica apresenta em seu texto algumas regras sobre o processo seletivo, qual seja o prazo de validade do concurso, de até dois anos, prorrogável uma vez, por igual período.

Verifica-se que esse comando constitucional não teve, de qualquer forma, a sua aplicabilidade restringida, tal como se constata de algumas normas constitucionais, as quais possuem eficácia contida ou limitada.

A regra está aparentemente pronta e acabada para que o administrador público a utilize na realização do interesse geral. Entretanto, a falta de clareza e a dubiedade que exsurgem dessa determinação já ocasionaram muitas dúvidas no momento da sua efetivação prática.

No que pese à legislação infraconstitucional, inexiste orientação sobre as formalidades que deve cumprir a autoridade pública para concretizar o comentado dispositivo constitucional, como, por exemplo, o momento em que deve ele realizar essa prorrogação, ou qual é o limite da validade, se de quatro anos ou o dobro do constante do edital, o que deve ser compreendido como uma verdadeira lacuna no ordenamento jurídico.

Dessa lacuna normativa observa-se algumas dúvidas aos aplicadores da lei, ficando evidente, nos Tribunais Superiores, posicionamentos diferentes no que concerne à matéria, muito embora seja o entendimento do Superior Tribunal de Justiça, o que ora se colaciona:

> Processo: RMS 3569/BA/RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA
> Relator: Min Anselmo Santiago
> Órgão Julgador: Sexta Turma
> Data do Julgamento: 18/08/98
> Data da Publicação/Fonte: DJ 13.10.1998

> Ementa: ADMINISTRATIVO – NOMEAÇÃO PARA CARGO PÚBLICO – AUDITOR FISCAL DO ESTADO DA BAHIA – ANULAÇÃO – DECLARAÇÃO DE NULIDADE DO ATO DE PRORROGAÇÃO DO PRAZO DE VALIDADE DO CONCURSO – INOBSERVÂNCIA DO DEVIDO PROCESSO LEGAL – REINTEGRAÇÃO.
> 1. **As nomeações decorrentes de ato da Administração prorrogando o prazo de validade de concurso, não podem ser anuladas, sob a alegação de que vencido o prazo inicial de dois anos, a validade do concurso não podia mais ser prorrogada, mormente, quando inobservado o devido processo legal.**
> 2. O prazo de validade dos concursos públicos é de quatro anos, consoante o disposto no art. 37, III, da Constituição Federal, contados a partir da data de sua homologação, não podendo ser prorrogado por período superior a dois anos, sendo, assim, válidas, todas as nomeações ocorridas durante esse lapso temporal, desde que observado o prazo limite, não existindo obrigatoriedade de que a prorrogação deva ser contínua ou subseqüente ao primeiro período fixado, ao talante da Administração, a faculdade de prorrogação do concurso.
> 3. Recurso conhecido e provido.
> Acórdão: por unanimidade, em dar provimento ao recurso para conceder a segurança. (GRIFOS NOSSO)
>
> Processo: RMS 3541/BA; Recurso Ordinário em Mandado de Segurança 1993/0024900-2
> Relator (a): Ministro Vicente Leal (1103)
> Órgão Julgador: T6 – Sexta Turma
> Data do Julgamento: 09/05/1995
> Data da Publicação/Fonte: DJ 05.06.1995 p. 16687
>
> Ementa: ADMINISTRATIVO. CONCURSO PÚBLICO. PRAZO DE VALIDADE. PRORROGAÇÃO. LEGALIDADE.
> **- A prorrogação do prazo de validade de concurso público durante o quadriênio previsto na Constituição (art. 37, III) não se reveste de qualquer ilegalidade.**
> - recurso conhecido e provido. Segurança concedida.

Nesse sentido, ao se contestar o ato de admissão, dentro do prazo de validade do concurso, no limite dos quatro anos de vigência previstos na Constituição, faz-se verdadeiro privilégio às formalidades, em detrimento da própria essência, que foi o intuito do Município de Caucaia, o qual, no exercício de sua atividade discricionária, considerou que existiam razões de interesse público que exigiam a prorrogação do prazo de validade do certame, sem ferir este interesse ou de terceiros.

2. DO PRINCÍPIO DA IGUALDADE

Ora, se os candidatos, aqui réus, juntamente com uma leva de servidores, mais precisamente 172 (cento e setenta e dois), enumerados às fls. 54/57, jamais

contestados pelo Ministério Público, foram admitidos, pelo mesmo concurso, entre 12 de gosto de 2002 e 28 de fevereiro de 2003, fora do prazo inicial de 2 (dois) anos, expirado em 24 de março de 2001, mas dentro do prazo máximo de 4 (quatro) anos exigidos constitucionalmente, sem que nesse período tenha havido outro concurso, é fácil deduzir que a administração pública optou por prorrogar o concurso em tela e os órgãos controladores concordaram tacitamente.

Frise-se, passados mais de 07 (sete) anos de tais admissões, ninguém, nem mesmo o Ministério Público, com exceção dos três réus, contestou, reclamou ou repudiou a admissão, nas mesmas condições, dos demais 172 servidores municipais, aprovados no mesmo concurso.

Com efeito, o art. 5º da Constituição Federal dispõe:

> "Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:"

À guisa de elucidação e evocação, o artigo acima citado, constante dos "Direitos e Garantias Fundamentais", busca dar a pessoa humana, sua dignidade, protegendo sua personalidade, principalmente contra a "mão forte" do Poder Estatal que por muitas vezes alcança o arbitrário. E é nesse sentido, no combate aos excessos que deve transcender o judiciário, na busca abalizada de uma dialética lógica e justa entre Estado e seus cidadãos, fundado em um dos princípios da democracia: a igualdade sem dominações ou liberalidades.

Não seria justa a exoneração dos promovidos, pelos fatos alegados pelo órgão ministerial, qual sejam o de que não teria havido prorrogação expressa do referido concurso, se os quase outros duzentos servidores foram admitidos nas mesmas condições e encontram-se, como os réus, a prestarem relevantes serviços à municipalidade de Caucaia, mas sem jamais serem importunados a deixar seus cargos. Do contrário, estaria instalado o caos na administração pública e, por conseguinte, a todos os munícipes.

3. DOS PRINCÍPIOS DA RAZOABILIDADE E DA BOA FÉ

Conforme se observa do exemplar do Jornal "Diário do Nordeste", de 12 de fevereiro de 2003, dormitante à fl. 44, os réus Adriana Lima Chaves, Joilson Luiz de Almeida e Natássia Medeiros Costa, foram convocados pela Prefeitura Municipal de Caucaia para comparecerem em dia, hora e local determinados, no sentido de serem nomeadas, em virtude de aprovação e classificação no concurso em questão, homologado em 24 de março de 1999.

Como exposto no edital convocatório nº 01/03, os réus compareceram, foram nomeados e tomaram posse de boa fé, haja vista que não eram, nem são os

responsáveis por aferir a prorrogação e as datas de validade do concurso em que foram aprovados.

Na presente data, passados mais de sete anos de suas posses, os mesmos já se encontram efetivados, já que passado o período do estágio probatório, demonstrado que os mesmos não deram causa a qualquer afastamento, restando, como mencionado em decisão do Presidente desta Corte, Desembargador João de Deus Barros Bringel, à fl. 73, "...investidos regularmente por ato nomeatório que preservou a ordem de classificação obtida em certame cuja prorrogação tácita por quatro (4) anos, não encontra óbice no ordenamento jurídico constitucional.", não nos restando dúvidas de que os mesmos agiram de boa fé.

4. DA CONVALIDAÇÃO DOS ATOS

No conceito dualista, os atos administrativos podem ser nulos ou anuláveis. Nesse entendimento se vislumbra o processo de que se vale a Administração para aproveitar atos administrativos com vícios superáveis, de forma a confirmá-los no todo ou em parte, conhecido como CONVALIDAÇÃO, aperfeiçoamento ou sanatório.

O pensamento da convalidação, o qual permite a correção do ato administrativo com vícios, a fim de validá-lo com efeitos retroativos à sua edição, não se restringe a doutrinadores, mas é previsto no artigo 55, da Lei nº 9784/99, *in verbis*:

> "Art. 55. Em decisão na qual se evidencie não acarretarem lesão ao interesse público nem prejuízo a terceiros, os atos que apresentarem defeitos sanáveis poderão ser convalidados pela própria Administração."

Assim, se a legislação permite que se sane ato administrativo com vício, que dirá de ato administrativo válido e legal, que prorrogou tacitamente concurso dentro do quadriênio previsto na Constituição Federal, e que não atinge aos interesses públicos ou de terceiros.

Ademais, os princípios da segurança e da estabilidade das relações jurídicas devem ser assegurados, sobretudo, entre a Administração e o administrado, daí a convalidação dos atos administrativos ser uma forma de recompor uma legalidade ferida, ocorrida em razão da inércia do titular do direito, que no caso é atribuída à Administração do município de Caucaia.

Como se assevera dos autos, o próprio edital convocatório, nº 01/03, à fl. 44, serve de ato convalidador da ausente, mas tácita, prorrogação expressa, que inclusive se buscou saná-la através do Decreto nº 090, de 29 de julho de 2009, trazido aos autos pelo Ministério Público de segundo grau, às fls. 261 e 262, e que embasou seu parecer favorável aos apelantes servidores e município de Caucaia.

Nesse sentido e a preservar-se o interesse do autor, Ministério Público Estadual, presume-se que já não mais lhe habita o interesse em ver exonerados os

servidores que tomaram posse no quadriênio de validade do concurso, prorrogado, primeiramente de forma tácita e agora, como demonstra o órgão ministerial de segundo grau, convalidado de forma expressa pelo mencionado Decreto Municipal.

5. DA DECISÃO

Destarte, ajuizada a presente ação pelo Ministério Público *a quo*, o qual agiu em seu dever de *dominus litis*, e no decorrer da persecução jurídica da verdade, já em grau de recurso, na qualidade de *custus legis*, o mesmo arremata em seu parecer de fls. 257 usque 260 que encontra sanada a ausência que deu alma a ação civil pública, qual seja a prorrogação expressa do supra citado concurso, tenho por bem acatar, também, seu requerimento em considerar, nesta decisão, o fato novo que se encontra ligado à causa de pedir, como determina o art. 462, da Lei Adjetiva Civil.

Por todo o exposto, com respaldo nos princípios do livre convencimento motivado e da fundamentação dos atos jurisdicionais, com supedâneo no art. 37, II e III, da Constituição Federal, e no art. 55, da Lei nº 9784/99, em especial a nomeação dos servidores dentro do quadriênio de validade constitucional do concurso, prorrogado inicialmente de forma tácita, a meu entender validada com o ato convocatório, e posteriormente, como requereu o *Parquet*, convalidado pela forma expressa decretada, somando-se aos princípios da igualdade, da razoabilidade e da boa fé, dou TOTAL PROVIMENTO aos apelos, desconstituindo a sentença de primeira instância para RECONHECER como válidos os atos administrativos de nomeação dos réus, ADRIANA LIMA CHAVES (fl. 60), JOILSON LUIZ DE ALMEIDA (fl. 58) e NATÁSSIA MEDEIROS COSTA (fl. 62), no cargo de Procurador do Município de Caucaia e suas consequências, como efetivação por decurso de tempo do estágio probatório, contagem de tempo e progressões decorrentes do efetivo exercício do cargo, caso tenham sido impedidos, ressalvando-se exonerações, demissões ou afastamento por outras razões, a pedido ou não.

É como voto.

Fortaleza, 11 de agosto de 2010.

APELAÇÃO CÍVEL N. 576248-08.2000.8.06.0001/1 (06)
APELANTE: EMMANUEL MARQUES HOLANDA E COMPANHIA ENERGÉTICA DO CEARÁ (COELCE)
APELADO: EMMANUEL MARQUES HOLANDA E COMPANHIA ENERGÉTICA DO CEARÁ (COELCE)
RELATOR: DES. PAULO FRANCISCO BANHOS PONTE

EMENTA: DIREITO CONSTITUCIONAL E PROCESSUAL CIVIL. INTERPOSIÇÃO DE AGRAVO RETIDO. ANÁLISE PRELIMINAR POR FORÇA DO ART. 523, CPC. ILEGITIMIDADE PASSIVA *AD CAUSAM* DA COELCE. CONDIÇÃO DA AÇÃO. DIREITO FUNDAMENTAL À LIBERDADE (ART. 5º, CAPUT, CF) E DIREITO À PRIVACIDADE (ART. 5º, X, CF). COLISÃO DE NORMAS-PRINCÍPIOS. PONDERAÇÃO REALIZADA PELO CONSTITUINTE ORIGINÁRIO. PREVALÊNCIA DO INTERESSE PÚBLICO NA INFORMAÇÃO PROCESSUAL (ART. 93, IX, CF). PROCESSO JUDICIAL NÃO SUBMETIDO AO SEGREDO DE JUSTIÇA. RACISMO (LEI N. 7.716/1989). AUSÊNCIA DE DEMONSTRAÇÃO INEQUÍVOCA DE QUE A MATÉRIA VEICULADA FOI INICIADA PELA REFERIDA COMPANHIA ENERGÉTICA. EXERCÍCIO DA LIBERDADE DE IMPRENSA. RAZOABILIDADE. RESPONSABILIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. IMPOSSIBILIDADE. CONHECIMENTO E PROVIMENTO DO AGRAVO RETIDO. APELAÇÃO CÍVEL E RECURSO ADESIVO PREJUDICADOS. AGRAVO RETIDO PROVIDO.

1. O cerne da presente querela está direcionado em se perquirir, a fim de haver a responsabilização por danos morais, se a COELCE divulgou as informações veiculadas no Jornal Diário do Nordeste, do dia 23 de outubro de 2001 (fl. 11), acerca do suposto cometimento de crime de racismo pelo ora apelado em 29 de maio de 2011.

2. A ilegitimidade passiva *ad causam* é patente, uma vez que a companhia energética, em nenhum momento, veiculou informações sigilosas ou até mesmo inverídicas a respeito do autor da demanda, o que poderia vir a causar o gravame indicado à intimidade, bem como a matéria jornalística não teve início por parte da COELCE como quis demonstrar o

douto magistrado *a quo* (fl. 119), mas, como se pode perceber claramente pelo próprio editor de Polícia do Diário do Nordeste, o qual conduziu inteiramente a reportagem e cedeu, em observância à ampla defesa e ao contraditório, para todas as partes envolvidas a possibilidade de manifestação, como é possível inferir do último parágrafo da matéria.
3. Precedentes do STJ e desta Egrégia Corte de Justiça no sentido de esclarecer que a liberdade de expressão tem status constitucional e o mero dissabor com alguma reportagem não tem o condão de de ensejar reparação indenizatória.
4. *Ad argumentam tantum*, quanto mérito da causa, mais uma vez, não merece guarida a tese trazida pelo ora apelado, pois a ponderação, segundo já ventilado, repousa na liberdade de imprensa, que abarca o direito à informação de interesse público, e a intimidade da parte, em ter preservada as suas relações pessoais.
5. Agravo retido conhecido e provido, a fim de reconhecer reconhecer a ilegitimidade passiva da COELCE

ACÓRDÃO

Acordam os integrantes da Primeira Câmara Cível, por julgamento de Turma, unanimemente, em conhecer o agravo retido interposto e conceder-lhe total provimento, ao reconhecer a ilegitimidade passiva da COELCE, em consonância com o parecer da douta Procuradoria Geral de Justiça, nos termos do voto do Relator.

Fortaleza, 31 de outubro de 2011.

RELATÓRIO

Tratam os presentes autos de Apelação Cível (fls. 192/197), manejada, primeiramente, pelo Sr. EMANUEL MARQUES HOLANDA, já devidamente qualificado, em que requer, em suma, o aumento na indenização por danos morais fixada na sentença de fls. 179/190, no valor de R$ 8.400,00 (oito mil e quatrocentos) reais, devido ao fato de ser necessário reforçar o caráter preventivo e educador da jurisdição.

Além disso, a Companhia Energética do Ceará (COELCE) também interpôs recurso apelatório, a fls. 200/220, em que pugna, resumidamente: a) preliminarmente, o exame do agravo retido de fls. 132/137; b) quanto ao mérito, haveria existência de culpa de terceiro, já que a empresa, ora apelante, seria parte ilegítima na demanda; c) compete ao demandante o ônus da prova em demonstrar que houve culpa da COELCE

em veicular as informações contidas no jornal.

Inicialmente, a fim de facilitar a compreensão dos fatos ora expostos, foi interposta Ação de Reparação de Danos c/c Perda de Danos, em que o Sr. Emanuel relata que, no dia 29 de maio de 2011, em virtude de uma desentendimento ocorrido, o seu nome foi veiculado, pela COELCE, em uma reportagem do Jornal Diário do Nordeste de 23 de outubro de 2001 (fl. 11), o que teria gerado uma nítida execração pública.

Após a devida citação (fl. 15), a parte requerida apresentou a contestação, que muito se assemelha às razões de apelação acima descrita, a fls. 20/43, na qual alega: 1. ilegitimidade passiva *ad causam*; 2. inépcia da inicial; 3. culpa de terceiro; 4. ônus da prova do demandante em provar o alegado e 5. inexistência de danos morais.

Na audiência de conciliação (fl. 119), foi rejeitada a preliminar alegada, já que o magistrado *a quo* compreendeu que, como o autor já havia afirmado que a matéria veiculada foi paga pela COELCE, não há que se falar, portanto, em responsabilidade civil do jornal Diário do Nordeste.

Dormita, a fls. 132/137, agravo retido contra a decisão acima trazida que não reconheceu a ilegitimidade passiva *ad causam* da COELCE.

Após a audiência de instrução (fls. 138/158), foram apresentados os respectivos memoriais (fls. 159/165 e 169/177) e, na sentença de fls. 179/190, foi julgada parcialmente procedente a ação de reparação, no sentido de condenar a COELCE a pagar R$ 8.400,00 a título de indenização.

Posteriormente, foram interpostos os respectivos recursos de apelação acima mencionados, bem como as contrarrazões da COELCE repousam a fls. 225/234.

Finalmente, a douta PGJ se manifestou, a fls. 261/369, pelo provimento integral do recurso manejado pela companhia energética, seja em virtude da flagrante ilegitimidade passiva, seja em virtude da improcedência do pedido autoral.

Posteriormente, em despacho de feito à ordem, de fl. 371, fora determinada a intimação do ora apelado, a fim de que oferecesse as contrarrazões ao agravo retido interposto.

As contrarrazões se encontram a fls. 373/375.

Eis o relatório. Decido.

VOTO

Presentes os pressupostos recursais, conheço os apelos interpostos.

Inicialmente, o cerne da presente querela está direcionado em se perquirir, a fim de haver a responsabilização por danos morais, se a COELCE divulgou as informações veiculadas no Jornal Diário do Nordeste, do dia 23 de outubro de 2001 (fl. 11), acerca do suposto cometimento de crime de racismo pelo Sr. Emanuel em 29 de maio de 2011. Dessa forma, segundo o autor da ação, haveria ocorrido uma execração pública com essa divulgação, o que teria constituído verdadeira afronta ao art. 5º, X, CF, *in verbis*:

> art. 5º, X, CF. São invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito à indenização por dano material ou moral decorrente de sua violação.

No entanto, antes da análise do *meritum causae*, é imprescindível, por força do art. 523, CPC, que seja analisado o agravo retido de fls. 132/137, em que se pugna, justamente, o reconhecimento da ilegitimidade passiva *ad causam* da referida companhia, tendo em vista que, segundo as suas informações, esta, em momento algum, divulgou tais informações ou forneceu alguma espécie de pagamento para a veiculação da matéria.

A legitimidade *ad causam*, seja ativa, seja passiva, é uma condição da ação, a qual pressupõe, na lição de Fredie Didier, que haja "a existência de um vínculo entre os sujeitos da demanda e a situação jurídica afirmada", a fim de que se possa, portanto, pleitear a pretensão perante a parte legítima, e não, perante um terceiro, ressalvadas as exceções legais, alheio à lide. (DIDIER JR. FREDIE. Curso de direito processual civil: teoria geral do processo e processo de conhecimento. Vol. 01. 12. ed. Bahia: Juspodivm, p. 204).

A partir dessa consideração, temos que vigora no ordenamento jurídico pátrio, em consonância com o contexto político-jurídico existente após os governos militares, a liberdade (art. 5º, *caput*, CF) como núcleo primeiro de proteção dos direitos fundamentais. Consagra, em uma de suas vertentes, pois, a possibilidade de expressão da atividade intelectual, artística, de comunicação, independentemente de censura ou licença, consoante a dicção do art. 5º, IX, CF.

Logicamente, por se tratar de um direito fundamental com estrutura de princípio, na classificação de Robert Alexy (ALEXY, Robert. Teoria dos direitos fundamentais. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2011), a liberdade de imprensa, de uma maneira genérica, encontra limites na proteção da intimidade, já que abarca um mandamento de otimização, o qual deve ser realizado dentro das possibilidades fáticas e jurídicas existentes.

Na situação apresentada, foi veiculada uma matéria jornalística pelo Diário do Nordeste em que era relatado, no caderno relacionado à seção de "Polícia", o primeiro caso levado ao Poder Judiciário Cearense em que poderia acarretar a punição de um acusado pelo crime de racismo, disciplinado pela Lei n. 7.716/1989, o que pode ser inferido do primeiro parágrafo da reportagem, senão vejamos:

> pela primeira vez na história da Justiça cearense um réu poderá ser apenado pelo crime de racismo. Se condenado pode pegar de um a cinco anos de prisão, sem direito a fiança (sic). O delito é considerado hediondo pela lei brasileira e, portanto, imprescritível.

Vislumbro, desde já, que o processo penal, como o civil, ressalvadas

as hipóteses de segredo de justiça, adotam, indubitavelmente, a publicidade de seus julgamentos, inclusive quanto ao sigilo, por força de mandamento constitucional previsto no art. 93, IX, CF, este não poderá prejudicar o interesse público à informação, in verbis:

> art. 93, IX, CF. **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** (grifos nossos).

Nesse sentido, o crime de racismo é de ação penal pública incondicionada, porque a legislação acima não prevê nenhuma condição de procedibilidade para a propositura da denúncia. Assim, os autos da ação penal, que se encontram a fls. 49/99, são completamente públicos; não havendo, então, qualquer restrição por parte da imprensa em divulgar essas informações relativas ao processo em epígrafe. Além disso, o inquérito policial, compreendido como um procedimento administrativo, igualmente, é público, sendo somente resguardado o seu sigilo pela autoridade policial quando necessário para a elucidação do fato ou houver exigência por parte do interesse da sociedade (art. 20, CPP).

Ademais, o interesse jornalístico em noticiar a prática de tal ato se coaduna com a identidade constitucional brasileira, que, com base nos ensinamentos de Michael Rosenfeld (ROSENFELD, Michael. A identidade do sujeito constitucional. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003), aponta para a efetiva construção de um Estado Democrático de Direito, baseado em uma sociedade livre, justa, solidária e sem preconceitos, seja de cor, seja de etnia.

Dessa forma, percebo, ainda, que, a despeito de conter o nome do autor na matéria, este fato, de maneira alguma, teve o condão de causar gravame à intimidade do acusado, porque a ponderação já realizada pelo próprio discurso constitucional permite que, em não se tratando de situações de sigilo, nas quais, reforço, é possível haver a restrição dos atos processuais, quando necessários à defesa da intimidade ou o interesse social exigir (art. 5º, LX, CF), o interesse público à informação prevaleça.

Apenas a título de desenvolvimento do raciocínio, o Constituinte Originário, ao fazer a ponderação acima citada, aplicou as relações condicionadas de precedência, ou seja, no caso de colisão entre normas-princípios deverá prevalecer, nessa situação específica, o interesse público à informação, o que não exclui, friso, a proteção constitucional dada ao direito à intimidade (SILVA, Virgílio Afonso da. Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 50-51).

Feitas essas considerações, que excluem, desde já, uma possível tentativa de responsabilização do Jornal Diário do Nordeste pelas informações trazidas, o fato de

a COELCE ter direcionado esforços para trazer as declarações de seu assessor jurídico não demonstram o nexo de causalidade exigido para a responsabilização por dano moral, pois o fato gerador da obrigação de reparar não existiu, tendo em vista que apenas houve a reprodução de uma dado público, acessível a qualquer um pertencente à coletividade pátria.

Assim, a ilegitimidade passiva *ad causam* é patente, uma vez que, friso, a companhia energética, em nenhum momento, veiculou informações sigilosas ou até mesmo inverídicas a respeito do autor da demanda, o que poderia vir a causar o gravame indicado à intimidade, bem como a matéria jornalística não teve início por parte da COELCE como quis demonstrar o douto magistrado *a quo* (fl. 119), mas, como se pode perceber claramente pelo próprio editor de Polícia do Diário do Nordeste, o jornalista Fernando Ribeiro, o qual conduziu inteiramente a reportagem e cedeu, em observância à ampla defesa e ao contraditório, para todas as partes envolvidas a possibilidade de manifestação, como é possível inferir do último parágrafo da matéria:

> JUÍZO – O Diário do Nordeste conseguiu entrar em contato – por telefone – com o engenheiro Emmanoel Marques Holanda para que ele se pronunciasse acerca da acusação. Emmanoel, no entanto, afirmou que só falará em juízo.

Ademais, se essa manifestação foi paga ou se, por razões de foro íntimo, o demandante não quis se pronunciar publicamente, não houve ofensa aos mandamentos constitucionais analisados, porque, reforço, a matéria jornalística não fez uma exposição desmedida em relação à imagem do acusado, mas apenas expôs os fatos ocorridos e sempre com a observância de que o autor da ação era acusado de um processo, e não, já se encontrava condenado.

Ao seguir essa linha de raciocínio, a jurisprudência dos Tribunais Superiores é uníssona em determinar que não há que se falar em reparação de danos morais, quando a matéria veiculada se dirigir apenas à divulgação de informação, que, na presente situação, teve o cunho apenas de informar o primeiro caso da Justiça Cearense relativo ao crime de racismo:

> PENAL E PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. ARTS. 20 E 22, C/C ART. 23, III DA LEI DE IMPRENSA. QUEIXA. TRANCAMENTO. LIBERDADE DE IMPRENSA. ATIPICIDADE DA CONDUTA. MATÉRIA VEICULADA EM JORNAL. *ANIMUS NARRANDI.* DIREITO À INFORMAÇÃO. I - Para a configuração dos crimes de calúnia e injúria previstos na Lei de Imprensa, é indispensável que se tenha, acerca das publicações veiculadas na mídia, ao menos indícios de que o réu que as fez publicar, tenha agido imbuído de animus injuriandi e caluniandi. **II - Constatada a hipótese - como no presente caso - de que se sucedeu tão somente a divulgação de notícias de inegável interesse público, ausente ainda evidência de má-fé ou sensacionalismo infundado, por parte do acusado, resta a constatação da presença de simples animus narrandi,**

> **inerente à atividade jornalística.** III - Tanto a Constituição Federal (ex vi art. 220, § 1º) como a Lei de Imprensa (art. 27) asseguram o livre exercício da liberdade de informação, buscando, justamente, assegurar ao cidadão o direito à informação, medida indispensável para o funcionamento de um Estado Democrático de Direito. Writ concedido. (STJ, HC 62390 / BA, Rel. Min. Felix Fischer, j. 26/set/2009) - grifos nossos.
>
> CONSTITUCIONAL E CIVIL. NOTÍCIA VEICULADA EM JORNAL. LIBERDADE DE EXPRESSÃO. ABUSO INEXISTENTE. MERO DISSABOR. AUSÊNCIA DO DEVER DE REPARAÇÃO. - No caso, ação de reparação de danos por suposta existência de responsabilidade civil por notícias ofensivas à honra dos médicos oftalmologistas. - Preliminar de conexão afastada: Rejeita-se a alegação de reunião de processos por conexão, uma vez que o dano moral supostamente sofrido pela promovente/recorrida não se confunde com a das pessoas físicas mencionadas pelo apelante. Não incidência do art. 103 do CPC. - Preliminar rejeitada. MÉRITO: **A liberdade de expressão tem status de direito fundamental em nossa ordem constitucional (Art. 5º, IV da CF/88), motivo pelo qual somente em casos excepcionais, nos quais se exacerba os limites deste direito, agredindo a intimidade ou invadindo injustamente a vida privada de terceiros, é possível aceitar [1]indenização por danos morais (Art. 5º, V da CF/88).** - Não se vislumbra, em nenhum dos trechos ou em qualquer outro ponto dos documentos citados pelo autor, manifestação que extrapole os limites da liberdade de expressão dos recorrentes. - Os danos morais surgem em razão de conduta que gere em qualquer pessoa de conhecimento médio sentimento negativo de aflição, angústia, humilhação etc. **Ao contrário, a hipótese dos autos trata de quadro fático que originou mero dissabor, não extrapolando a naturalidade dos acontecimentos cotidianos, situação que não enseja reparação indenizatória.** - Apelação conhecida e provida. - Sentença reformada. - Unânime (TJCE, Ap. Cível n. 281533120-05.8.06.0000/0, Rel. Des. Maria Iracema Martins do Holanda, j. 24/ago/2010) – grifos nossos.

Nesse sentido, conheço o agravo retido interposto, para dar-lhe total provimento ao reconhecer a ilegitimidade passiva.

Ad argumentam tantum, em relação ao meritum causae, embora este se encontre prejudicado em virtude da procedência integral dos argumentos do agravo retido, a dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, CF) se apresenta, consoante a lição de Jorge Miranda, como fonte ética de onde brotam todos os direitos fundamentais (MIRANDA, Jorge. Manual de Direito Constitucional. Tomo IV. 4. ed. Portugal: Coimbra Editora, 2008, p. 194-198). Então, tanto os direitos quanto os deveres fundamentais são oriundos da dignidade humana, por isso que esta se apresenta como um fundamento da República Federativa do Brasil.

Dessa forma, a ponderação, segundo já ventilado, repousa na liberdade

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

de imprensa, que abarca o direito à informação de interesse público, e a intimidade da parte, em ter preservada as suas relações pessoais.

Nesse sentido, em que pese a argumentação trazida pelo douto magistrado *a quo*, a responsabilidade civil, como a penal, pressupõe a existência de três fatores, a saber: conduta ou omissão praticada pelo agente, o nexo de causalidade e o resultado, a fim de ser apto a gerar a indenização por dano moral, consoante, sobretudo, a diretriz do art. 186, CC.

In casu, reforço que o intuito da matéria jornalística veiculada é clara no sentido de apenas informar aos leitores cearenses que haveria uma possível condenação do autor da demanda pelo crime de racismo, condenação essa, caso efetivada, que seria inédita no Estado do Ceará, segundo já exposto no primeiro parágrafo da reportagem.

Portanto, não se está aqui a vilipendiar, de maneira alguma, o mandamento constitucional relativo ao direito à não prévia culpabilidade (art. 5º, LVII, CF), uma vez que, embora seja contrário, veementemente, aos programas televisivos em que há uma exposição desnecessária à imagem do acusado, na presente situação, a informação veiculada apenas se limitou a esclarecer o fato ocorrido, bem como indicar os seus sujeitos, sem sensacionalismos ou indicação de palavras esdrúxulas.

Defendo, consequentemente, que, além de a reportagem trazida não se assemelhar aos programas de televisão acima enumerados, o interesse à informação pública deve prevalecer nesse caso como uma decorrência do sopesamento já realizado pelo Constituinte Originário, pois, caso o contrário, estaríamos inabilitados a trazer nos jornais do Estado qualquer matéria relativa aos processos judiciais existentes, o que constitui verdadeira deturpação dos valores relacionados à liberdade trazidos pela Constituição de 1988.

Finalmente, reforço, mais uma vez, que o dispêndio de recursos possivelmente realizado pela COELCE não tem o condão de gerar a responsabilização por dano moral pleiteada, tendo em vista que tanto a matéria foi de iniciativa da Editoria de Polícia do Jornal Diário do Nordeste quanto as informações trazidas eram verídicas e não causaram nenhuma espécie de sensacionalismo.

À vista do exposto, em análise do agravo retido interposto, conheço-o e concedo-lhe total provimento, nos termos do parecer exarado pela douta Procuradoria Geral de Justiça, ao reconhecer a ilegitimidade passiva da COELCE. Além disso, quanto à apreciação da apelação e do recurso adesivo interpostos, esta análise se encontra prejudicada.

Fixo, ainda, a título de honorários, a quantia de R$ 500,00 (quinhentos) reais.

É como voto.

Fortaleza, 31 de outubro de 2011.

PROCESSO Nº 589615-02.2000.8.06.0001/1.
TIPO DA AÇÃO: Apelação Cível
ORIGEM: Ação Ordinária de Indenização por Danos Morais. 8ª Vara Cível de Fortaleza-CE
PARTES:
APELANTE: TELEMAR NORTE LESTE S.A.
APELADO: MARIA DE LOURDES BRITO LEITÃO
RELATOR: Des. Francisco Suenon Bastos Mota
ÓRGÃO JULGADOR: 5ª Câmara Cível

EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL – REPARAÇÃO DE DANOS MORAIS – MANUTENÇÃO DE INSCRIÇÃO EM CADASTRO DE RESTRIÇÃO AO CRÉDITO – DEVER DE INDENIZAR – VALOR INDENIZATÓRIO – RAZOABILIDADE – APELO CONHECIDO E IMPROVIDO:
1 – Revela-se ilícita a manutenção de inscrição do nome da apelada em cadastro de restrição ao crédito, quando a própria TELEMAR, em sua defesa, assevera: "... em razão de inesperado erro ocorrido no sistema computadorizado utilizado pela empresa Promovida, a inscrição não foi baixada".
2 – Neste caso, há prova testemunhal nos autos acerca do constrangimento, verificado quando a consumidora recebeu negativa para a aquisição de produto, no comércio local. Porém, esta responsabilidade do agente causador do dano moral, opera-se por força do simples fato da violação, porquanto se trata de dano *in re ipsa*. Nestes termos, verificado o evento danoso, surge a necessidade da reparação, não havendo que se cogitar da prova do prejuízo, se presentes os pressupostos legais para que haja a responsabilidade civil (nexo de causalidade e culpa).
3 – Também não prospera o inconformismo da Apelante quanto ao valor indenizatório fixado na sentença. Tal quantia, além de implementar as funções reparatória e punitiva, inerentes à verba indenizatória, coaduna-se com a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça.
4 – Apelo conhecido e improvido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de Apelações Cíveis nº. 589615-02.2000.8.06.0001/1, oriundos da 8ª Vara Cível da Comarca de Fortaleza/CE, envolvendo as partes acima aludidas.

ACORDA a Turma Julgadora da 5ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Ceará, por votação unânime, em conhecer do recurso interposto e denegar-lhe provimento, nos termos do voto do Relator, parte integrante deste Acórdão.

RELATÓRIO

MARIA DE LOURDES BRITO LEITÃO, funcionária pública federal, ajuizou ação de indenização por danos morais, aduzindo que, em janeiro de 2002, quando tentava efetuar a compra parcelada de um fogão, teve seu pedido indeferido, em face de permanência de inscrição de seu nome no serviço de proteção ao crédito (SPC), com fulcro em débito perante a TELEMAR.

Apontou a ilegalidade da inscrição, tendo em vista que, segundo documentação exibida, o débito se encontrava quitado.

Pleiteou, assim, a condenação da Promovida ao pagamento de indenização no valor correspondente a 100 (cem) salários mínimos.

Em sentença de fls. 104/110, o MM. Juiz de Direito da 8ª Vara Cível da Comarca de Fortaleza/CE, julgou parcialmente procedente o pedido, condenando a TELEMAR a pagar à Autora indenização pelos danos morais no valor de 50 (cinquenta) salários mínimos.

A Promovida interpôs, então, a presente apelação (fls. 111/125), argumentando que não estava provado o dano, de modo que o pedido deveria ser improcedente. Ademais, o valor indenizatório seria excessivo, merecendo, portanto, minoração. Neste último caso, entende que a quantia fixada está dissociada da situação fática e da jurisprudência emanada dos Tribunais superiores.

Em contrariedade de fls. 128/133, a Recorrida defendeu o improvimento do recurso.

Eis, em síntese, o relatório.

VOTO

Acham-se presentes os pressupostos objetivos (tempestividade, adequação, preparo) e subjetivos (legitimidade e interesse recursal) que dão ensejo ao conhecimento do recurso, razão pela qual, nos termos em que estabelece o art. 515, caput e §§ 1º e 2º, do CPC, transpasso à análise das impugnações efetivamente realizadas pela recorrente.

No caso, ao contrário do que alega a Apelante, restou comprovado seu erro, quando da permanência da inscrição do nome da Apelada em cadastro de proteção ao crédito. Ademais disso, a própria defesa da Recorrente, às fls. 52, confessa sua falta, quando torna assente, *in verbis*:

> "No caso ora *sub examine*, em razão de inesperado erro ocorrido no sistema computadorizado utilizado pela empresa Promovida, a inscrição não foi

baixada".

Referida confissão, portanto, configura uma prestação de serviço na forma defeituosa, na medida em que a Recorrente deixou de cumprir com sua obrigação, de dar baixa no registro. Esta ocorrência caracteriza o ilícito. Em razão disso, levanta-se o dever de indenizar, pois tal procedimento assinala a hipótese prevista na regra do art. 14, caput, do CDC.

É que, a responsabilidade do prestador de serviço é objetiva (art. 14, caput, do CDC), somente podendo ser afastada quando O fornecedor provar: I – que, tendo prestado o serviço, o defeito inexiste; II – a culpa exclusiva do consumidor ou de terceiro (art. 14, § 3º, I e II, do CDC).

Com efeito, nenhuma dessas excludentes foi demonstrada no processo.

Nos autos, ademais disso, está provado o constrangimento da consumidora, conforme depoimentos pessoal e testemunhais, às fls. 83/84, 85/86 e 87/88, noticiadores da negativa de crédito, quando a mesma tentou adquirir um bem da vida, no comércio local. A própria Recorrida expõe a lesão sofrida e seus efeitos danosos.

Porém, mesmo que não fosse assim, é fato que, casos deste jaez são julgados a luz do dano *in re ipsa*, que vem a ser "aquele cuja presunção da sua ocorrência é bastante, em situação na qual há suficiente indício de que haja ocorrido, em razão de ser consequência necessária e inevitável da conduta praticada".

Sobre este tema, aponte-se que a "responsabilização do agente causador do dano moral opera-se por força do simples fato da violação. Verificado o evento danoso, surge a necessidade da reparação, não havendo que se cogitar da prova do prejuízo, se presentes os pressupostos legais para que haja a responsabilidade civil (nexo de causalidade e culpa)" (RSTJ 98/270).

Nesse mesmo sentido é o entendimento do Excelso Superior Tribunal de Justiça, *verbatim*:

> "Nos termos da jurisprudência da Turma, em se tratando de indenização decorrente da inscrição irregular no cadastro de inadimplentes, a exigência de prova de dano moral se faz com a demonstração da inscrição irregular nesse cadastro." (STJ – Recurso Especial 165727, 4ª Turma, Rel. Min. Sálvio de Figueredo Teixeira, DJU de 21/09/98, p. 196).

> "Dispensa-se a prova de prejuízo para demonstrar a ofensa ao moral humano, já que o dano moral, tido como lesão à personalidade, ao âmago e à honra da pessoa, por vezes é de difícil constatação, haja vista os reflexos atingirem parte muito própria do indivíduo – o seu interior." (STJ – Recurso Especial 85019, 4ª Turma, Rel. Min. Sálvio de Figueredo Teixeira, DJ de 18/12/1998)

Por derradeiro, não prospera o inconformismo do Apelante quanto ao valor indenizatório fixado na sentença, qual seja, 50 (cinquenta) salários mínimos. Tal quantia,

além de implementar as funções reparatória e punitiva, inerentes à verba indenizatória, coaduna-se com a jurisprudência do SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA que, em situações semelhantes à dos autos, tem fixado a indenização similar, *ad litteram*:

> "AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO DE INSTRUMENTO. RESPONSABILIDADE CIVIL. INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. INSCRIÇÃO EM CADASTRO DE INADIMPLENTES INDEVIDA. VALOR INDENIZATÓRIO MAJORADO DE ACORDO COM A JURISPRUDÊNCIA DESTA CORTE. RECURSO MANIFESTAMENTE INFUNDADO.
> 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 a que se nega provimento, com aplicação de multa. (AgRg no Ag 1383254/SC, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 07/04/2011, DJe 12/04/2011)

Atento a tais ponderações, hei por bem conhecer do presente recurso apelatório, por próprio e tempestivo, para, no entanto, denegar-lhe provimento.

É como voto.

Fortaleza-CE, 15 de junho de 2011.

PROCESSO Nº 646821-71.2000.8.06.0001/1
APELAÇÃO CÍVEL.
APELANTE: DUBOI FRIGORÍFICO INDUSTRIAL LTDA.
APELADO: FRIGORÍFICO SANTANA LTDA.
RELATOR: DESEMBARGADOR CLÉCIO AGUIAR DE MAGALHÃES

EMENTA:
APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE SUSTAÇÃO DE CONCORRÊNCIA DESLEAL E DE VIOLAÇÃO DE PROPRIEDADE INDUSTRIAL. LEI Nº 9.279/96. PEDIDO DE REGISTRO DE MARCAS SEMELHANTES NO INPI. PRECEDÊNCIA DO DIREITO DO AUTOR À MARCA ANTERIORMENTE DEPOSITADA. APELO PROVIDO. SENTENÇA REFORMADA.

1 - Trata-se de apelação cível interposta em face da sentença do Exmo. Juízo *a quo* que julgou improcedente a presente ação, por entender ter restado comprovada a regularidade do pedido do registro da marca "DaBoa" junto ao INPI; haver diferenças acentuadas que possibilitam a distinção dos produtos da marca da promovida e da promovente e não ter havido a prova do efetivo prejuízo decorrente da comercialização dos produtos desta.

2 - Cinge-se a lide em saber se houve violação à propriedade industrial da requerente, ora apelante, qual seja à marca dos seus produtos, já que a apelada disponibiliza para venda no mercado produtos da mesma natureza com marca bastante semelhante à sua.

3 - A Lei nº 9.279/96, que regula direitos e obrigações relativos à propriedade industrial, visa a proteger este tipo de propriedade intelectual, considerando a sua relevância social e o desenvolvimento econômico e tecnológico do País (art. 2º), por meio de instrumentos vários, dentre os quais se encontra a concessão do registro da marca (art. 2º, inciso III).

4 - Contemporaneamente, a procura das empresas pelo registro das marcas, que individualizam os seus produtos, aumenta de forma gradativa. Tal fato decorre, principalmente, da importância desta forma de propriedade industrial para a proteção dos lucros advindos dessa comercialização, uma das mais destacadas nuances da função social das sociedades em-

presárias.
5 - Analisando as embalagens dos produtos da requerente e da requerida (fls. 76/80), denota-se inevitável identidade entre as marcas destas, principalmente no que tange ao símbolo utilizado, qual seja um touro; às cores que o adornam, vermelho e amarelo; ao formato do local onde ele consta, ou seja, elíptico, contornado por linhas vermelha, branco e preto, nesta ordem; dentre outros aspectos capazes de confundir qualquer consumidor médio. Ademais, os nomes das marcas da apelante e da apelada, "DuBoi" e "DaBoa" respectivamente, guardam inegável analogia.
6 - Acessando o portal do INPI, a fim de se aferir o andamento dos processos (nº 824083458, nº 824838599 e nº 824838602), nota-se que a marca "DuBoi" fora anteriormente depositada, conforme consta das datas da publicação do pedido de registro da recorrente, qual seja o dia 11.09.2001, e a do pedido da recorrida, o qual fora publicado mais de um ano depois, no dia 08.10.2002. Ainda, constata-se que o processo do qual é titular a recorrente, encontra-se em andamento, enquanto que os processos nº 824838602 e nº 824838599, concernentes às marcas da recorrida, foram arquivados em 2007, por ausência do recolhimento das retribuições previstas no art. 162 da Lei nº 9.279/96.
7 - Há uma precedência do direito da autora à marca por ela depositada, a qual, nitidamente, guarda semelhanças com a marca da apelada (STJ, Resp 899.839).
8 - Apelo conhecido e provido. Sentença reformada, para determinar que a recorrida modifique a marca constante nos produtos que comercializa, a fim de que não mais residam semelhanças com a marca da recorrente, sob pena de multa diária no valor de R$500,00 (quinhentos reais); e condenar a sucumbente ao pagamento das custas e honorários na base de 10% (dez por cento) do valor da causa.

ACÓRDÃO

Acordam os Desembargadores integrantes da Quinta Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, por uma de suas Turmas, unanimemente, em conhecer do apelo, para dar-lhe provimento, reformando a sentença *in totum*, determinando que a recorrida modifique a marca constante nos produtos que comercializa,

a fim de que não mais residam semelhanças com a marca da recorrente, sob pena de multa diária no valor de R$500,00 (quinhentos reais); e condenando a sucumbente ao pagamento das custas e honorários na base de 10% (dez por cento) do valor da causa, tudo de conformidade com o voto do e. Relator.

Fortaleza, 26 de outubro de 2011.

RELATÓRIO

Trata-se de apelação cível proposta em face da sentença do Exmo. Juízo da 30ª Vara Cível da Comarca de Fortaleza que julgou improcedente a demanda ajuizada, qual seja a ação de sustação de práticas de concorrência desleal e de violação de propriedade industrial, com pedido de antecipação de tutela, cumulada com ação de execução de obrigação de não fazer, processo nº 646821-71.2000.8.06.0001/1 (2000.0125.1821-3/1), proposta pela Duboi Frigorífico Industrial Ltda. contra a Frigorífico Santana Ltda.; condenando a promovente ao pagamento das custas e honorários à base de 10% (dez por cento) do valor da causa.

A autora alega na peça exordial, em síntese, que comercializa, dentre outros, charque, mortadela e linguiça, com a marca "DuBoi", tendo ainda como razão social, desde 28 de agosto de 1997 (aditivo do contrato registrado na Junta desde 27 de junho de 1997), o nome "Duboi - Frigorífico Industrial Ltda.".

Aduz que, em 27 de março de 2001, depositou a marca "DuBoi" junto ao INPI (Instituto Nacional de Propriedade Industrial), procedimento que foi concluído em 22 de junho de 2001; e que, em 10 de julho de 2002, surgiu o "Frigorífico Santana Ltda.", tendo como objeto social o comércio varejista de carnes, peixes e produtos alimentícios no geral, o qual vem comercializando charque com a marca "Daboa" desde agosto de 2002, o que efetivamente se revelou como concorrência desleal e violação da propriedade industrial da promovente, já que o produto vendido possui embalagem e marca semelhantes às dos seus produtos.

Requer, por fim, a concessão da tutela antecipada para que a promovida se abstenha de usar a marca "DaBoa" ou seja determinada a modificação da embalagem e do estilo da marca dos produtos que esta comercializa; e o julgamento procedente da ação.

Audiência de instrução e julgamento e termos de depoimento pessoal às fls. 173/175.

Juntada de documentos pelo promovido às fls. 178/247.

Às fls. 255/259 sobreveio sentença, na qual o Exmo. Juízo da primeira instância julgou improcedente o pleito autoral, por entender ter restado comprovada a regularidade do pedido do registro da marca "DaBoa" junto ao INPI; haver diferenças acentuadas que possibilitam a distinção dos produtos da marca da promovida e da promovente e não ter havido a prova do efetivo prejuízo decorrente da comercialização

dos produtos desta.

Apelação às fls. 261/266, na qual alega a recorrente que ambos os pedidos de registro de marca, da promovente e da promovida, ainda estão sob análise do INPI; a apelante depositou a sua marca com a antecedência de dois anos do depósito da marca da recorrida; a Lei nº 9.279/96 confere direitos iguais à marca depositada e à registrada; comprovou o dano por meio do documento à fl. 70/73; o desenho que consta nas embalagens dos produtos da requerente e da requerida guarda semelhanças indubitáveis, no que tange ao formato, cor, dentre outros e que, por ser marca nacional, não necessita a recorrente gozar da notoriedade prevista no art. 126 da Lei nº 9.279/96 para que seja a sua produção protegida.

Requer, alfim, a reforma da sentença e o julgamento procedente do apelo.

Regularmente intimada, apresentou a recorrida as contrarrazões (fls. 270/277), pleiteando seja negado provimento ao recurso, mantendo-se a sentença do Juízo a quo na íntegra, e seja a apelante condenada por litigância de má-fé, com fulcro nos arts. 17 e 18 do Código de Processo Civil, ao pagamento da multa de 20% (vinte por cento) do valor da causa.

Parecer da Douta Procuradoria de Justiça às fls. 384/386.

É o breve relatório.

VOTO

Conheço do apelo, uma vez que presentes os requisitos extrínsecos e intrínsecos essenciais ao deslinde do mérito.

Trata-se de apelação cível interposta pela Duboi Frigorífico Industrial Ltda. contra Frigorífico Santana Ltda., em face da sentença do Exmo. Juízo da 30ª Vara Cível da Comarca de Fortaleza, que julgou improcedente a presente ação de sustação de práticas de concorrência desleal e de violação da propriedade industrial, com pedido de antecipação de tutela, cumulada com ação de execução de obrigação de não fazer.

Entendeu o Exmo. Juízo a quo que não houve propriamente violação à propriedade industrial da requerente, uma vez que a requerida comprovou ter se empenhado para também regularizar a sua marca no INPI, não tendo ainda restado nítido traços de semelhanças entre as marcas das empresas litigantes que pudessem trazer efetivo dano, mormente no que tange à suscetibilidade de confusão pelo consumidor dos produtos por ambas comercializados.

Cinge-se a lide em saber se houve violação à propriedade industrial da requerente, ora apelante, qual seja à marca dos seus produtos, já que a apelada disponibiliza para venda no mercado produtos com marca bastante semelhante à sua.

A Lei nº 9.279/96, que regula direitos e obrigações relativos à propriedade industrial, visa à proteger este tipo de propriedade intelectual, considerando a sua relevância social e o desenvolvimento econômico e tecnológico do País (art. 2º), por meio de instrumentos vários, dentre os quais se encontra a concessão do registro da

marca (art. 2º, inciso III).

Contemporaneamente, a procura das empresas pelo registro das marcas, que individualizam os seus produtos, aumenta de forma gradativa. Tal fato decorre, principalmente, da importância desta forma de propriedade industrial para a proteção dos lucros advindos dessa comercialização, uma das mais destacadas nuances da função social das sociedades empresárias.

Ora, manter o empreendimento empresarial no comércio requer, além de muita habilidade do empreendedor - e porque não dizer inteligência estratégica -, um número mínimo de instrumentos, consubstanciados num efetivo aparato legislativo, que viabilizem a tutela dos bens materiais e imateriais que fazem parte da universalidade de bens que o compõe.

De fato, e de direito, a livre iniciativa é princípio fundamental da República Federativa do Brasil (art. 1º da Constituição Federal), e, assim como qualquer mandado de otimização, deve ser sopesado diante de outros princípios. Deve-se sopesar o princípio da livre iniciativa com o princípio da propriedade (art. 5º, caput, CF) e o princípio previsto no mesmo art. 5º, inciso XXIX, da Carta Magna, que assegura, de modo inclusivo, a proteção às criações industriais, à propriedade das marcas, aos nomes de empresas e a outros signos distintivos, tendo em vista o interesse social e o desenvolvimento tecnológico e econômico do País.

Assim, presta-se também a propriedade industrial à uma função social, qual seja o desenvolvimento científico, técnico, social e econômico brasileiros, objetivo da República Federativa, previsto desta maneira no art. 3º, inciso II, da Constituição Federal.

A requerente refere-se, no recurso apelatório, à ofensa ao desenho industrial dos seus produtos, para aludir, mais propriamente, à marca. Veja-se que o desenho industrial, de acordo com o art. 95 da Lei nº 9.279/96, é a "forma plástica ornamental de um objeto ou o conjunto ornamental de linhas e cores que possa ser aplicado a um produto, proporcionando resultado visual novo e original na sua configuração externa e que possa servir de tipo de fabricação industrial.".

Já a marca, no caso de produto ou de serviço, pode ser definida como "aquela usada para distinguir produto ou serviço de outro idêntico, semelhante ou afim, de origem diversa (art. 123, inciso I, Lei nº 9.279/96). Ou seja, é o "sinal aposto a um produto, uma mercadoria ou indicativo de um serviço, destinado a diferenciá-lo dos demais." (FRANCO, Vera Helena de Mello. Manual de direito comercial. 2ª Ed., Vol. 1, Ed. RT, São Paulo, 2004, p. 155).

Logo, por meio do desenho industrial protege-se a originalidade e o aspecto do produto, não necessitando do caráter distinguidor informado pelo dispositivo que trata da marca (art. 123).

Analisando as embalagens dos produtos da requerente e da requerida, acostadas às fls. 76/80 dos autos, percebe-se o intento da recorrente em assegurar a tutela da marca dos seus produtos, posto que se constata, a bem da verdade, efetiva semelhança

entre os símbolos que supostamente deveriam distinguir produtos de natureza similares.

Antes de se referir à similitude das marcas de ambas as partes, mister se faz ressaltar doutrina do eminente constitucionalista Alexandre de Moraes, in Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional, Ed. Atlas jurídico, 7ª ed., São Paulo, 2007, p. 225:

> A Lei nº 9.279/96, em seu art. 122, prevê que são suscetíveis de registro como marca os sinais distintivos visualmente perceptíveis, não compreendidos nas proibições legais. […] Podemos apontar os seguintes preceitos básicos de proteção às marcas de indústria, comércio e de serviço e das expressões ou sinais de propaganda: o registro de marca deve obedecer aos requisitos da distinguibilidade, novidade relativa, veracidade e licitude; a lei pretende evitar registros de marcas idênticas ou semelhantes que levem terceiros a erro; a lei consagra o princípio da anterioridade de nomes e marcas, em regra dentro da mesma classe correspondente a determinada atividade (especificidade – cf. RT, 710/186), conferindo proteção aos proprietários que obtiveram o registro com antecedência; a lei permite a existência de registro de marcas e nomes idênticos ou semelhantes em classes correspondentes às atividades diversas, desde que não se trate de marca notória ou que não haja possibilidade de confusão quanto à origem dos produtos, mercadorias ou serviços, ou ainda prejuízo para a reputação da marca.

Quando do confronto entre os produtos da recorrente e os da recorrida (fls. 76/80), denota-se inevitável identidade entre as marcas destas, principalmente no que tange ao símbolo utilizado, qual seja um touro; às cores que o adornam, vermelho e amarelo; ao formato do local onde ele consta, ou seja, elíptico, contornado por linhas vermelha, branco e preto, nesta ordem; dentre outros aspectos capazes de confundir qualquer consumidor médio.

Ademais, os nomes das marcas da apelante e da apelada, "DuBoi" e "DaBoa" respectivamente, guardam inegável analogia.

Acerca do tema, observe-se qual é o entendimento consolidado, no decurso do tempo, dos Tribunais pátrios:

> MANDADO DE SEGURANÇA - MARCA COMERCIAL - **O REGISTRO DE MARCA DEVE OBEDECER OS REQUISITOS DE DISTINGUIBILIDADE, NOVIDADE RELATIVA, VERACIDADE E LICITUDE. BUSCAM, ALEM DISSO, EVITAR REPETIÇÕES OU IMITAÇÕES QUE LEVEM TERCEIROS, GERALMENTE O CONSUMIDOR, A ENGANO**. DE OUTRO LADO, CUMPRE OBSERVAR A NATUREZA DA MERCADORIA. PRODUTOS DIFERENTES, PERFEITAMENTE IDENTIFICAVEIS E INCONFUNDIVEIS, PODEM, PORQUE NÃO LEVAM AQUELE ENGANO, APRESENTAR MARCAS SEMELHANTES. (MS 328/DF, Rel. Ministro LUIZ VICENTE CERNICCHIARO, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 24/04/1990, DJ 21/05/1990, p. 4421) Grifei.

> RECURSO ESPECIAL. PROTEÇÃO À MARCA. ART. 124, XIX, DA LEI N. 9.279/96. CONFLITO ENTRE OS SIGNOS "DAVE" E "DOVE". INEGÁVEL SEMELHANÇA GRÁFICA E FONÉTICA. PRODUTOS DESTINADOS AO MESMO SEGMENTO MERCADOLÓGICO. IMPOSSIBILIDADE DE COEXISTÊNCIA. PREVALÊNCIA DO REGISTRO MAIS ANTIGO. RECURSO IMPROVIDO. 1. Art. 124, XIX, da Lei n. 9.279/96. Interpretação. 2. **Conflito entre os signos "DAVE" e "DOVE". Utilização em produtos idênticos, semelhantes ou afins. Marcas registradas na mesma classe perante o Instituto Nacional de Propriedade Industrial – INPI.** 3. **Semelhança gráfica e fonética entre as expressões. Inadmissível a coexistência de ambas no mesmo ramo de atividade comercial, sob pena de gerar indesejável confusão mercadológica**. 4. Registro da expressão mais moderna - "DAVE" - invalidado, em face da anterioridade do registro da marca "DOVE". 5. Recurso especial improvido. (REsp 1235494/RJ, Rel. Ministro VASCO DELLA GIUSTINA (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/RS), TERCEIRA TURMA, julgado em 15/03/2011, DJe 21/03/2011) Grifei.
>
> PROCESSO CIVIL - RECURSO ESPECIAL - AGRAVO REGIMENTAL - REGISTRO - ESTABELECIMENTO OU NOME COMERCIAL - ART. 65, V, DA LEI Nº 5.772/71 - VEDAÇÃO - SEMELHANÇAS - CONFUSÃO OU DÚVIDA - PROTEÇÃO DA MARCA – DESPROVIMENTO. 1 - **Conforme jurisprudência pacífica nesta Corte, deve ser afastado o emprego de nomes ou expressões de marcas semelhantes, quer pela grafia, pronúncia ou qualquer outro elemento capaz de causar confusão ou dúvida aos possíveis adquirentes do produto**. Ademais, nos termos do art. 65, V, da Lei nº 5.772/71 é vedado, expressamente, o registro como marca de título de estabelecimento ou nome comercial. 2 - Precedentes (REsp nº 30.751/SP, 65.002/SP, 62.770/RJ e 40.190/RJ). 3 - Agravo regimental desprovido. (AgRg no REsp 653.609/RJ, Rel. Ministro JORGE SCARTEZZINI, QUARTA TURMA, julgado em 16/11/2004, DJ 06/12/2004, p. 335) Grifei.

Importante destacar que, pelo que dos autos constam, não houve ainda a efetiva concessão do registro da marca a nenhuma das partes, malgrado o depósito do pedido tanto da recorrente quanto da recorrida no INPI (fls. 52/58 e 104/105).

Acessando o portal do INPI, a fim de aferir-se o andamento dos processos (nº 824083458, nº 824838599 e nº 824838602), nota-se que a marca "DuBoi" fora anteriormente depositada, conforme consta das datas da publicação do pedido de registro da recorrente, qual seja o dia 11.09.2001, e a do pedido da recorrida, o qual fora publicado mais de um ano depois, no dia 08.10.2002.

Ainda, constata-se que o processo nº 824083458, do qual é titular a Duboi Frigorífico Industrial Ltda., encontra-se em andamento, enquanto que os processos nº 824838602 e nº 824838599, concernentes às marcas da recorrida "Mortadela DaBoa" e "Charque DaBoa", respectivamente, foram arquivados em 2007, por ausência do recolhimento das retribuições previstas no art. 162 da Lei nº 9.279/96.

Veja-se que o arquivamento do pedido de registro é definitivo e irrecorrível, conforme preleciona jurisprudência majoritária dos Tribunais pátrios:

> PROCESSO CIVIL. NULIDADE. REGISTRO. ARQUIVAMENTO. FALTA DE RETRIBUIÇÃO. CERTIFICADO DE REGISTRO. ART. 162 DA LPI. INTERESSE DE AGIR. AUSÊNCIA. PERDA DE OBJETO. EXTINÇÃO DO PROCESSO SEM RESOLUÇÃO DO MÉRITO. [...] 2. In casu o provimento pleiteado pela empresa autora - a nulidade do ato administrativo que concedeu o registro nº- desapareceu no decorrer da lide, uma vez que o mesmo foi arquivado, na forma do art. 162 da LPI. **O não pagamento e a não comprovação do recolhimento no prazo estabelecido por esse dispositivo acarretam o arquivamento definitivo e irrecorrível do pedido, encerrando-se a instância administrativa**, razão pela qual o requerimento judicial de nulidade do mesmo torna-se inteiramente inócuo, ante a supressão dos efeitos do mesmo, restando, dessa forma, satisfeita a pretensão autoral. 3. Remessa provida. (TJRJ, 415675 RJ 2006.51.01.518991-0, Relator: Desembargadora Federal LILIANE RORIZ, Data de Julgamento: 27/05/2008, SEGUNDA TURMA ESPECIALIZADA, Data de Publicação: DJU - Data: 13/06/2008 - Página 493) Grifei.

Entendo, destarte, que há uma precedência do direito da autora, ora recorrente, à marca por ela depositada, a qual, nitidamente, guarda semelhanças com a marca da apelada; e que, apesar de não ter restado comprovado, por meio de documentos idôneos, o efetivo prejuízo para a apelante, relativo à queda das vendas e consequente aumento da venda dos produtos da recorrida, tem-se que tal dano é presumido, uma vez que decorre da ausência de boa-fé na concorrência de empresas que comercializam produtos da mesma natureza.

Nesse aspecto, importante relevar o julgado do REsp 899.839, de relatoria do Min. Massami Uyeda, que entendeu que a existência de pedido anterior de registro de marca justifica seu exame prioritário. Em assim sendo, caso haja depósito anterior de marca, existindo pedido posterior semelhante, e, estando aquele regular, haverá o deferimento do mais antigo, justamente pela sua prioridade no julgamento do processo pelo INPI, senão veja-se:

> […] o Brasil adota o sistema atributivo, segundo o qual, somente com o registro da marca no Instituto Nacional da Propriedade Nacional é que se garante o direito de propriedade e de uso exclusivo ao seu titular, a não ser que se trate de marca notoriamente conhecida. In casu, destacou o v. acórdão recorrido que, 'sobrevela ressaltar, ainda, que os objetos sociais das empresas em litígio, conforme se pode observar dos referidos atos constitutivos, são afins, porquanto ambas prestam serviços de consultoria e estudos na área específica da geologia, além de comercializarem produtos e derivados minerais.' (fls. 336/337). […] o registro da ora recorrente, GEOPLAN - ASSESSORIA PLANEJAMENTO E PERFURAÇÕES S/A., data vênia, não foi realizado validamente. Na verdade, conforme

> reconhecido pelo próprio INPI – Instituto Nacional de Propriedade Industrial, **embora o registro da ora recorrente, GEOPLAN - ASSESSORIA PLANEJAMENTO E PERFURAÇÕES S/A., tenha sido concedido antes do registro da ora recorrida, GEOPLAN - GEOLOGIA, COMÉRCIO E MINERAÇÃO LTDA., verificou-se que, durante o procedimento administrativo, não foi observado que já existia, desde 26/05/1989, pedido de registro de marca idêntica pela ora recorrida. Nesses casos, é de rigor o sobrestamento do procedimento que se iniciou por último até que o pedido anteriormente depositado seja julgado**. Oportuno deixar assente, ainda, que quando um pedido de registro de marca é apresentado ao INPI - Instituto Nacional de Propriedade Industrial este, por sua vez, realiza um exame preliminar com o objetivo de aferir o cumprimento das formalidades previstas no art. 155 da atual Lei de Propriedade Industrial. Após tal verificação e no intuito de lhe conferir ampla divulgação, o pedido é publicado na Revista de Propriedade Industrial, nos termos do art. 158, da LPI. [...] **Registra-se, por oportuno, que em razão de a ora recorrida, GEOPLAN - GEOLOGIA, COMÉRCIO E MINERAÇÃO LTDA., ter apresentado, em 26/05/1989, pedido de registro da marca 'GEOPLAN', era mister que seu pleito fosse examinado anteriormente ao da ora recorrente, que, conforme consta dos autos, registrou seu pedido somente em 05/08/1991. Dessa forma, foge à lógica do razoável que um pedido de registro posterior seja examinado e deferido sem que houvesse a finalização do procedimento administrativo que iniciou primeiro, sob pena de se conferir registro de marca igual ou semelhante a outro requerente quando ainda pendente de decisão o primeiro pedido.** Na verdade, constata-se, que, data vênia, o INPI admitiu a existência de vício no trâmite do processo administrativo, in verbis: '(...) O INPI, por seu turno, reconhece que de fato não observou, quando da análise do pedido formulado pela empresa Ré, ora Apelante, os impedimentos legais ao deferimento do Registro, especialmente a anterioridade de pedido idêntico que se encontrava pendente de recurso administrativo.' (fls. 337).

Se foram envidados esforços para a regularização da marca da recorrida, da mesma maneira ocorreu com a recorrente.

À vista do exposto e firme nos propósitos acima delineados, conheço do apelo, para dar-lhe provimento, reformando a sentença in totum, determinando que a recorrida modifique a marca constante nos produtos que comercializa, a fim de que não mais residam semelhanças com a marca da recorrente, sob pena de multa diária no valor de R$500,00 (quinhentos reais); e condenando a sucumbente ao pagamento das custas e honorários na base de 10% (dez por cento) do valor da causa.

É como voto.

Fortaleza, 26 de outubro de 2011.

Processo n°.: 661445-28.2000.8.06.0001/1.
Classe: Apelação Cível.
Apelantes:Construtora e Imobiliária Santa Cecília LTDA; Francisco Ferreira de Azevedo e Zilau Daniel Rieboldt Silva.
Apelados: o mesmos apelantes.
Relator: Desembargador Francisco Sales Neto.
Órgão Julgador:1ª Câmara Cível.

EMENTA:
DIREITO CIVIL. APELAÇÃO CÍVEL E RECURSO ADESIVO EM SEDE DE AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. EMPRESA IMOBILIÁRIA QUE, NA CONDIÇÃO DE LOCADORA, IMITIU-SE DA POSSE DE IMÓVEL POR SEUS PREPOSTOS SEM VERIFICAÇÃO OFICIAL DA CONDIÇÃO DE ABANDONO. ATO ARBITRÁRIO E DESARRAZOADO QUE, EXCEDENDO OS LIMITES FIXADOS EM LEI, RESULTOU EM LESÃO À MORAL DO LOCADOR, ENSEJANDO REPARAÇÃO PECUNIÁRIA. VALOR DA INDENIZAÇÃO. REDUÇÃO. ADEQUAÇÃO AO GRAU DE LESIVIDADE SUPORTADO PELO INQUILINO. RECURSOS CONHECIDOS. APELAÇÃO PARCIALMENTE PROVIDA. RECURSO ADESIVO DESPROVIDO. SENTENÇA ALTERADA APENAS QUANTO O VALOR INDENIZATÓRIO.
1. Recurso apelatório que objetiva reformar sentença emanada do Juízo da 17ª Vara Cível de Fortaleza, que condenou os apelantes ao pagamento de indenização da ordem de 30 (trinta) salários mínimos, a título de dano moral, em decorrência da imissão da posse de imóvel locado ao ora apelado, sem a devida apuração oficial da sua situação de abandono.
2. Não obstante o alegado pelos apelantes em suas razões de seu inconformismo, o contexto probtório encartado nos autos deixa claro que os apelantes, por seus prepostos e sem prévia verificação oficial, praticaram ação lesiva em face do apelado, à medida que extrapolou a melhor exegese conferida à hipótese prevista no art. 66 da revogada Lei n. 8.245/911, imitindo-se de forma desarrazoada e arbitrária na posse do imóvel locado ao apelado, inclusive com o arrombamento por chaveiro contratado.
3. À luz da doutrina e da jurisprudência, se o locador alegar que o imóvel objeto da locação foi abandonado pelo locatário, caberá ao juiz expedir mandado de verificação para que o oficial de justiça certifique a ocorrência deste fato, antes da expedição do mandado de imissão na posse. Descurada tal diligência, como na hipótese, exsurge, por consequência, fato lesivo civilmente indenizável, sendo certo que o desforço

operado na espécie ocasionou prejuízo à esfera moral do apelado em razão da própria gravidade do fato ofensivo.
4. No caso posto em lide, a indenização não pode ser de tal ordem que se convole em enriquecimento sem causa, nem irrisória de sorte a não reparar os transtornos suportados, asseverando-se que o valor arbitrado pelo digno Juiz, qual seja, 30 (trinta) salários mínimos vigentes à época da prolação da sentença revela-se superior ao grau de lesividade do dano suportado. Sentença reformada no ponto, reduzindo-se a condenação em danos morais para o patamar de R$ 5.000,00 (cinco mil reais), porquanto consentâneo com a lesão suportada pelo inquilino.
5. Apelação cível conhecida e parcialmente provida. Recurso adesivo conhecido, mas desprovidos.

ACÓRDÃO.

Vistos, relatados e discutidos os autos da apelação cível e do recurso adesivo manejados nos autos do Processo nº 661445-28.2000.8.06.0001/1, em que são partes, de um lado, Construtora e Imobiliária Santa Cecília LTDA e Francisco Ferreira de Azevedo e, do outro, Zilau Daniel Rieboldt Silva, ACORDAM os Desembargadores da 1ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, por votação unânime, pelo CONHECIMENTO dos recursos pulsados, para conferir parcial provimento à apelação e desprover o recurso adesivo, reformando-se a r. sentença atacada quanto ao valor da condenação, tudo nos termos do voto do Desembargador Relator.

Fortaleza/CE, 20 de junho de 2011.

RELATÓRIO.

Em exame, a apelação cível manejada pela Construtora e Imobiliária Santa Cecília LTDA e por Francisco Ferreira de Azevedo, e o recurso adesivo pulsado por Zilau Daniel Rieboldt Silva, ambas adversando a sentença prolatada às fls. 194/199 dos autos, que julgou procedente o pedido de reparação de danos formulado pelo recorrente adesivo, em sede de ação de conhecimento destramada pelo rito ordinário, para condenar os apelantes ao pagamento de indenização por danos morais da ordem de 30 (trinta) salários mínimos, a ser suportada de forma equânime por cada um dos sucumbentes.

A v. sentença adargada, pautou-se, em síntese, no reconhecimento da lesividade da imissão na posse dos apelantes no imóvel locado pelo apelado, à medida em que aqueles, a despeito de haverem se valido de expediente previsto em lei (art. 66 da Lei n. 8.245/91), excederam as limitações judiciais referentes à matéria, praticando ato atentatório ao princípio da boa-fé e aos bons costumes.

Em suas razões de apelação aviadas às fls. 201/206, a Construtora e Imobiliária Santa Cecília LTDA e o Sr. Francisco Ferreira de Azevedo, asseveram, em suma, que o contexto fático-probatório estabelecido nos autos é preciso para configuração do abandono do imóvel pelo locatário.

Neste aspecto, aduzem que a confessada desocupação do imóvel pelo apelado/locatário, legitimaria a adoção da providência prevista no art. 66 da Lei do Inquilinato, não se havendo de falar, portanto, em responsabilização de qualquer natureza aos condenados.

Prosseguem argumentando que o apelado possui perfil nômade, sempre mudando de domicílio, razão por que não seria alcançado pelo alegado sofrimento moral atribuído pelo julgador singular, tratando-se a vertente demanda, em verdade, de tentativa aventureira de enriquecimento sem causa.

Às fls. 208/227, contrarrazões do apelado, sustentando a improcedência do quanto alegado no pleito recursal.

Às fls. 228/245, recurso adesivo, agitado pelo Sr. Zilau Daniel Rieboldt Silva, impugnando o *decisum a quo* no que tange ao valor da condenação arbitrada no comando sentencial.

Contrarrazões do recurso adesivo aportadas às fls. 248/253, requerendo a improcedência do pleito recursal formulado pela parte ex adversa.

Frustradas as tentativas de conciliação, os autos me vierem conclusos.

É o que importa relatar.

À Douta Revisão.

Fortaleza/CE, 24 de maio de 2011.

VOTO.

1. SÍNTESE DA IRRESIGNAÇÃO.

Consoante se vê da instrução, o Sr. Zilau Daniel Rieboldt Silva ajuizou ação de conhecimento postulando indenização por danos morais decorrente do arrombamento de apartamento por si locado junto à Construtora e Imobiliária Santa Cecília, quando da sua ausência.

Em razão da procedência da pretensão reparatória de danos, com a condenação dos promovidos ao pagamento da importância equivalente a 30 (trinta) salários mínimos, a Construtora e Imobiliária Santa Cecília LTDA e o Sr. Francisco Ferreira de Azevedo ofereceram recurso apelatório, aduzindo a inexistência de dano indenizável na espécie, em vista da regular atuação dos sucumbentes, que teriam ocupado o imóvel amparados na previsão estampada no art. 66 da revogada Lei do Inquilinato, demonstrados que foram a situação de inadimplência do locatário, no curso de ação de despejo, e o abandono do imóvel que lhe fora locado.

O inconformismo do autor/apelado, veiculado em recurso adesivo, debate-se apenas quanto ao valor indenizatório arbitrado na sentença.

2. FUNDAMENTAÇÃO.

2.1 Admissibilidade.

Recursos em ordem, neles não se descortinando vício formal capaz de obstar-lhes o conhecimento por esta Corte, razão porque deles conheço. Não havendo questões preliminares pendentes, passo diretamente à apreciação dos recursos pulsados.

2.2 Do mérito recursal.

Pelos contornos de fato fixados nos autos, verifico que o cerne da lide assenta-se na avaliação da regularidade da ação perpetrada pela imobiliária apelante em face do Sr. Zilau Daniel Rieboldt Silva, traduzida na entrada forçada em imóvel por si locado, e na eventual repercussão lesiva desta atuação ao patrimônio jurídico moral deste último.

Como é cediço, o Código Civil Brasileiro, exercendo a missão de regular os ditames constitucionais referentes à responsabilidade civil, esta consubstanciada no dever de indenizar o dano sofrido por outrem, estabeleceu um rol de elementos para a aferição do denominado ato ilícito, conforme regra expressada no artigo 186[1], já vigente à época dos acontecimentos noticiados na demanda.

Nesse sentido, valho-me do seguinte escólio doutrinário da conspícua professora Maria Helena Diniz, em sua obra 'Código Civil Anotado', enumerando os requisitos necessários para configuração do ato ilícito indenizável:

> "[...] para que se configure o ato ilícito, será imprescindível que haja: **a) fato lesivo voluntário, causado pelo agente, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência** (RT, 443:143, 450:65, 494:35, 372:323, 440:74, 438:109, 440:95, 477:111 e 470:241**); b) ocorrência de um dano patrimonial ou moral, sendo que pela Súmula 37 do Superior Tribunal de Justiça serão cumuláveis as indenizações por dano material e moral decorrentes do mesmo fato** (RT. 436:97, 433:88, 386:181, 458:20, 434:101, 477:247, 490:94, 507:95 e 201, 509:69, 481:82 e 88, 478:92, 470:241, 469:236, 477:79 e 457:189; RTJ 39:38 e 41:844); **e c) nexo de causalidade entre o dano e o comportamento do agente** (RT, 477:247, 463:244, 480:88, 481:211, 479:73 e 469:84)." (Código Civil anotado, 13ª. ed, Saraiva: São Paulo, p. 170).

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

Desse modo, para a solução da lide conduzida ao conhecimento desta Corte julgadora, impõe-se a aferição da existência ou não de todos esses elementos.

E, de uma análise acurada do presente caderno processual, observo que, não obstante o alegado pelos apelantes em suas razões de seu inconformismo, os depoimentos prestados pelas testemunhas no juízo *a quo* deixam claro que a empresa apelante, por seus prepostos e sem prévia verificação oficial, praticou ação lesiva ao Sr. Zilau Daniel Rieboldt Silva, à medida que extrapolou a melhor exegese conferida à hipótese prevista no art. 66 da revogada Lei n. 8.245/91[2], imitindo-se de forma desarrazoada e arbitrária na posse do imóvel locado ao apelado, inclusive com o arrombamento por chaveiro contratado.

Decerto, colhe-se do depoimento firmado às fls. 165/166 dos autos pelo Sr. Fabrício dos Santos Ribeiro, um dos funcionários da apelante que acompanharam a ação dita lesiva, o seguinte:

> "[...] que trabalha para a promovida como continuo do escritório desde 2001; que tem conhecimento ser o autor inquilino da promovida; que atualmente ocupa o apto de nº 229 do edifício Augusta Azevedo; que antes ocupou o apto de nº 150 no bloco D2 no mesmo condomínio; que não recorda quando este saiu do apto 150, mas sabe que houve uma ação de despejo e que o imóvel foi abandonado; que sabe disto porque em companhia do Sr. André foi ao apto 150 e que la constatou a existência de um frigobar desligado, um fogão, um botijão e um banco quebrado; que este estava sem ninguém, que o apto foi aberto por um chaveiro; que neste ato estava o declarante e o André; que o autor não estava presente; que não recebeu ordem de ninguém para ir ao local, apenas acompanhou o Sr. ANDRE; que os objetos foram levados para a imobiliária; que o Sr. André não lhe falou se tinha alguma autorização judicial para abertura do imóvel citado [...]"

Na mesma pisada, o Sr. José André Monteiro, igualmente preposto da empresa recorrente, afirma, em seu termo de depoimento adunado às fls. 169/171, que executou a ação reportada como danosa nos autos, sem qualquer conhecimento da existência de prévia ordem judicial para tanto, veja-se:

> "[...] que utilizando uma chave que estava na construtora tentou abrir a porta, não conseguindo, então chamou um chaveiro e este conseguiu abrir a porta; que recebeu ordem do dono da imobiliária; que não tem conhecimento se o dono da imobiliária tinha ordem judicial para tal fato [...]"

À luz dos depoimentos suso transcritos, assoma sem maiores dificuldades que a ação da imobiliária apelante desenvolveu-se sem atenção a requisito mínimo de legalidade e com ofensa ao devido processo legal, tendo em vista que descurou da

2 "**Art. 66**. Quando o imóvel for abandonado após ajuizada a ação, o locador poderá imitir-se na posse do imóvel."

apuração oficial da condição de abandono do imóvel locado à parte apelada.

Cumpre asseverar que, a despeito da omissão legislativa, a doutrina apregoa que, se o locador alegar que o imóvel objeto da locação foi abandonado pelo locatário, caberá ao juiz expedir mandado de verificação para que o oficial de justiça certifique a ocorrência deste fato, antes da expedição do mandado de imissão na posse (Sylvio Campanema de Souza, Da locação do Imóvel Urbano, pg. 475).

Não discrepa a jurisprudência pátria, destacando-se os seguintes precedentes, *verbis:*

> "**Ementa: AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO DE DESPEJO CUMULADA COM COBRANÇA. IMISSÃO DA LOCADORA NA POSSE DO IMÓVEL. A expedição mandado de imissão da posse só deve ocorrer quando demonstrado o abandono ou desocupação do imóvel, através de dados lançados em anterior mandado de verificação ou após diligência *in loco* do oficial de justiça. Agravo provido.**" (Agravo de Instrumento Nº 70006219299, Décima Sexta Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Helena Ruppenthal Cunha, Julgado em 06/08/2003)

> "**EMENTA: AGRAVO DE INSTRUMENTO - DESPEJO - DENÚNCIA VAZIA - ABANDONO IMÓVEL - IMISSÃO NA POSSE - DÚVIDAS SOBRE O EFETIVO ABANDONO. Ausente a prova concreta de que o imóvel locado foi efetivamente abandonado, não é prudente o deferimento da imissão na posse. Recomenda-se a elaboração de auto de constatação, a fim de que se certifique sobre o possível abandono.** Agravo não provido." (TJMG. AI n. 1243073-34.2008.8.13.0024. 14ª Camara Cível. Relator: Des.(a) EVANGELINA CASTILHO DUARTE. Data da Publicação: 14/07/2009).

Nesse horizonte, a despeito da inexistência de exigência legal da prévia verificação do abandono do imóvel, é livre de dúvidas que somente pode haver a imissão na posse prevista no art. 66 da revogada lei do inquilinato caso verificada a vacância mediante inspeção própria, efetuada por oficial de justiça. Equivale dizer, não basta a simples verificação da desocupação do imóvel pelo locador, devendo esta vir devidamente abalizada pela confirmação oficial do abandono. Não observada essa ritologia, exsurge, por consequência, fato lesivo civilmente indenizável e, nesta hipótese, imputável aos apelantes.

Prosseguindo na análise dos requisitos plasmados no art. 186 do Código Civil, pondero que o adentramento forçado no imóvel locado, enseja, ao locatário, direito à reparação de danos, uma vez considerado o evidente arbítrio perpetrado pela imobiliária apelante.

Não obstante, é livre de dúvidas que o desforço operado tem o condão de ocasionar, notadamente em hipóteses que tais, prejuízo à esfera moral do apelado. Cuido ponderar que, tal como na hipótese em testilha, a dor e o sofrimento, decorrem 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)."

A propósito, trago a colação o seguinte julgado, em tudo assemelhado ao caso em testilha, *litteris:*

> "Ementa: **AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E MORAIS. REINTEGRAÇÃO DE POSSE. CONTRATO DE LOCAÇÃO. INADIMPLEMENTO. A imissão na posse do imóvel locado "manu militari" pela locadora, enseja à locatária o direito de indenização por danos materiais e morais.** DERAM PROVIMENTO, EM PARTE, À APELAÇÃO." (Apelação Cível Nº 70012475125, Décima Nona Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: José Francisco Pellegrini, Julgado em 18/04/2006)

Pelo cotejo dos fundamentos aqui vertidos, avulta sem maiores questionamentos o dever de indenizar dos ora apelantes, tal como fixado na sentença vergastada.

Debatendo-me sobre a imprecação adesiva, uma vez fixada a responsabilidade dos apelantes/requeridos, passo ao exame do *quantum* indenizatório, diretamente impugnada pela parte apelada.

Versando o tema, leciona o Mestre Caio Mário da Silva Pereira[3] que dois são os aspectos a serem observados:

> "a) De um lado, a idéia de punição ao infrator, que não pode ofender em vão a esfera jurídica alheia... ;
> b) De outro lado proporcionar a vítima uma compensação pelo dano suportado, pondo-lhe o ofensor nas mãos uma soma que não é *pretium doloris*, porém uma ensancha de reparação da afronta...".

Segundo o magistério de Maria Helena Diniz[1]:

> "Na reparação do dano moral, o magistrado deverá apelar para o que lhe parecer eqüitativo ou justo, agindo sempre com um prudente arbítrio, ouvindo as razões das partes, verificando os elementos probatórios, fixando moderadamente uma indenização. O valor do dano moral deve ser estabelecido com base em parâmetros razoáveis, não podendo ensejar uma fonte de enriquecimento nem mesmo se irrisório ou simbólico. A reparação deve ser justa e digna. Portanto, ao fixar o *quantum* da indenização, o juiz não procederá a seu bel prazer, mas como um homem de responsabilidade, examinando as circunstâncias de cada caso, decidindo com fundamento e moderação".

Destarte, na falta de parâmetros objetivos definidos para a sua fixação, tem-se solidificado o entendimento no sentido de que não deve a mesma ser de tal ordem que se convole em fator de enriquecimento, nem tão ínfima que possa aviltar a reparação, perdendo sua finalidade.

Para tanto, tem-se entendido deva ser considerado no arbitramento de seu valor, aspectos como a maior ou menor lesão, a intensidade do dolo ou culpa do agente, assim como a condição sócio-econômica do ofensor e do lesado para que não se perca em puro subjetivismo.

Desses conceitos se extrai que a reparação moral deve sempre ser fixada de forma a atender à dupla finalidade do instituto, qual seja, desestimular, de forma pedagógica, o ofensor (teoria do desestímulo), a condutas do mesmo gênero, e propiciar ao ofendido os meios de compensar os padecimentos experimentados, sem que isso implique em fonte de lucro indevido.

Em outras palavras, a indenização não pode ser de tal ordem que se convole em enriquecimento sem causa, nem irrisória de sorte a não reparar os transtornos suportados, devendo ser fixada com equidade pelo julgador.

No caso posto em lide, entendo que o valor arbitrado pelo digno Juiz, qual seja, 30 (trinta) salários mínimos, o equivalente R$ 9.000,00 (nove mil reais) à época da prolação da sentença, revela-se superior ao grau de lesividade do dano suportado.

Nesse quadro, e considerando a situação posta perante este tablado judicante, conveço-me que o valor fixado na sentença não traduz com propriedade a ofensa suportada pelo inquilino/apelante, razão pela qual hei por bem reduzir a condenação em danos morais para o patamar de R$ 5.000,00 (cinco mil reais), porquanto consentâneo com a lesão reportada nos autos, reformando no ponto a sentença invectivada, a ser corrigida pelo índice nacional de preços ao consumidor (INPC), contados a partir da data da publicação da sentença de mérito.

1 *in* Revista Jurídica Consulex, n. 3, de 31.03.97.

3. DISPOSITIVO.

Firme nestas ponderações é que conheço dos recursos interpostos, para:

I. Conhecer dos recursos manejados;

II. Conferir parcial provimento ao recurso apelatório pulsado por Construtora e Imobiliária Santa Cecília LTDA e Francisco Ferreira de Azevedo, confirmando a condenação em danos morais estabelecida na r. sentença adargada, mas reduzindo o valor indenizatório para R$ 5.000,00 (cinco mil reais), corrigidos pelo INPC, a partir da data da publicação da sentença de primeiro grau;

III. Negar provimento ao recurso adesivo interposto pelo Sr. Zilau Daniel Rieboldt Silva.

Custas processuais e honorários de sucumbência na forma explicitada na sentença adargada.

É como voto.

Fortaleza/CE, 20 de junho de 2011.

Processo: 0071186-63.2008.8.06.0001 – Apelação
Apelante: Maria Maciel do Nascimento
Apelados: Luzia Moreira de Lima e Manoel Simões de Lima
Relatora: Desa. Maria Nailde Pinheiro Nogueira

EMENTA: AÇÃO DE REINTEGRAÇÃO DE POSSE. PROCEDÊNCIA. PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS PREVISTOS NO ART. 927, DO CPC. INDENIZAÇÃO PELAS BENFEITORIAS. IMPOSSIBILIDADE. ESBULHO REALIZADO DE MÁ-FÉ. BENFEITORIAS DE NATUREZA VOLUPTUÁRIA. APELAÇÃO CONHECIDA E DESPROVIDA.

1. O desfecho exitoso de uma Ação de Reintegração de Posse depende do preenchimento dos requisitos estatuídos no art. 927, do Código de Processo Civil, cabendo ao autor da ação provar: I - a sua posse; II - a turbação ou o esbulho praticado pelo réu; III - a data da turbação ou do esbulho; IV - a continuação da posse, embora turbada, na ação de manutenção; a perda da posse, na ação de reintegração. Presentes os requisitos, há de ser mantida a sentença que julgou procedente a ação de reintegração de posse.

2. Tratando-se de esbulho possessório decorrente de má-fé, tal como sucedeu na espécie, a parte somente tem direito à indenização das benfeitorias necessárias, conforme preconizado pelo art. 1.220 do Código Civil. Sucede que a benfeitoria realizada no terreno (construção de uma casa de alvenaria), não se caracteriza como útil ou necessária, mas apenas aumenta o valor econômico do bem com sua exploração econômica, tratando-se, portanto, de benfeitoria voluptuária, insuscetível de indenização. Precedente do Superior Tribunal de Justiça: "(...) As construções realizadas pelos possuidores (casa sede, casa do administrador, casa do tratorista, casa de máquinas etc.) e as plantações (pastagem, coqueiros, bananeiras, limoeiros e laranjeiras) referem-se à exploração econômica do terreno e ao aumento de sua capacidade produtiva ou funcional. Não representam benfeitorias necessárias para sua conservação. (...) (REsp 937.800/RR, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 20/08/2009, DJe 11/05/2011)"

3. Apelação conhecida e desprovida.

ACÓRDÃO:

Vistos, relatados e discutidos os autos do proc. Nº 0071186-63.2008.8.06.0001**,** acordam os Desembargadores que compõem a 2ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, por votação unânime, em conhecer e negar

provimento à Apelação, tudo nos termos do voto da Desa. Relatora.

Fortaleza, 11 de outubro de 2011.

RELATÓRIO

Cuidam os autos de Apelação Cível interposta por MARIA MACIEL DO NASCIMENTO em face de LUZIA MOREIRA LIMA E MANOEL SIMÕES DE LIMA impugnando sentença da lavra do juízo da 9ª Vara Cível da Comarca de Fortaleza-CE que julgou procedente a Ação de Reintegração de Posse ajuizada por estes últimos em face da primeira.

Na petição de exórdio, os autores narram que transferiram os lotes 1 (um), 2 (dois) e 3 (três) do terreno localizado na Rua Capitão Góis, Vila Ellery, bairro Monte Castelo, sendo que a parte ré acabou esbulhando a posse dos autores em relação ao lote 4 (quatro) ao construir uma residência de alvenaria e proceder à sua locação, quando o referido lote, pelo que se sustenta, pertencia aos requerentes.

Desenvolvida a instrução regularmente, o juízo de origem julgou procedente a Ação de Reintegração de Posse, considerando sobretudo o fato de que os requerentes são foreiros do imóvel e que a requerida não logrou comprovar que também adquiriu o lote 4 (quatro), de modo que a posse dos autores deveria ser prestigiada.

Irresignada com a sentença, a parte ré interpôs o presente Apelo, em cujas razões (fls.175/189) sustenta, em síntese, que não se pode discutir propriedade nesta sede possessória, tendo em vista que o procedimento correto para se alegar a propriedade do bem seria por meio de ação petitória. Alega, ainda, que exercia a posse mansa e pacífica do bem objeto da lide há mais de 25 (vinte e cinco) anos. Subsidiariamente, postula que seja indenizada pelas benfeitorias realizadas no lote.

Por tais razões, postula a reforma integral da sentença, a fim de que seja extinta a ação sem resolução de mérito e, subsidiariamente, julgada improcedente a ação ou, ainda, que, pelo menos, venha a ser indenizada pelos custos que teve em relação à construção da casa.

A despeito de regularmente intimadas, as partes Apeladas não apresentaram contrarrazões ao Apelo.

É o relatório.

VOTO

Inicialmente, tenho por presentes os requisitos necessários ao reconhecimento da aptidão formal da presente irresignação recursal, de modo que conheço do Apelo, passando, doravante, a apreciar-lhe as respectivas postulações meritórias.

A sentença não merece ser reformada.

Embora a parte Apelante insista em afirmar que não se pode discutir a propriedade em sede de ação possessória, é preciso sublinhar que os autores, na verdade, buscam a tutela da exteriorização fática desta propriedade, ou seja, a própria posse do lote de que ainda dispunham.

Tem-se, nos autos, que a parte Apelante não logrou desconstituir a afirmação provada pelos autores por meio da certidão de fls. 08/09 no sentido de que eram legítimos proprietários do bem discutido em litígio, o que, associado às inúmeras fotos (fls. 15 e 48/49) e depoimentos testemunhais que evidenciam que a parte Apelante realizou uma construção no lote que não era de sua propriedade, apenas caracteriza o esbulho possessório.

Neste sentido, é de boa ordem esclarecer que os autores da Ação de Reintegração de Posse lograram comprovar que exerciam a posse mansa do referido lote e que constantemente visitavam os terrenos, embora não residissem no local.

Neste sentido, é oportuno destacar os seguintes trechos de depoimentos testemunhais:

> "Que os proprietários, Manoel Simão e Joaniza, sempre vão visitar os imóveis que ainda alugam por lá" (Depoimento de Maria Evanir Sampaio, fl. 145)
>
> "Que os autores e donos do imóvel, visitam frequentemente àquela vila; (...) Que D. Joaniza alegava que aludido imóvel não tinha sido comprovado pela ré; Que acredita que aquele imóvel pertença à requerida, apesar de não ter presenciado a negociação da compra e venda e nem de ter visto nenhum documento alusivo à mesma negociação." (Depoimento de Vânia Figueiredo de Lima, fl. 147)
>
> "Que os proprietários das casas da Vila sempre visitavam aquele local e tinham conhecimento daquela nova construção" (Depoimento de Maria das Graças Rodrigues, fls. 149/150)
>
> "Que foi construída uma nova casa naquela vila pela promovida em março ou abril desse ano;" (Depoimento de Rosa Maria de Freitas Ferreira, fl. 20)

Esses depoimentos revelam, em primeiro lugar, que os proprietários do imóvel visitavam as casas e os lotes, razão pela qual é necessário que se reconheça que detinham a posse, ainda que indireta, do terreno objeto de discussão.

Em segundo lugar, fica evidente que a ora Apelante esbulhou a referida posse ao construir, sem a autorização dos proprietários, uma casa no terreno vizinho ao dos lotes que havia primitivamente adquirido, o que, a toda evidência, apenas caracteriza o esbulho possessório que se busca remediar na presente sede possessória.

De se rechaçar, portanto, que a presente demanda tenha sido ajuizada com o propósito de discutir propriedade, haja vista que esta alegação é utilizada apenas como um dos fundamentos do exercício direto e indireto da posse de que dispunham os

autores. Há, na verdade, provas inequívocas de que os autoras exteriorizavam o domínio fático sobre o bem (exercício da posse) ao visitarem periodicamente os terrenos.

Com efeito, provados os requisitos previstos no art. 927, do Código de Processo Civil, é de se manter a sentença que determina a reintegração de posse em favor dos autores.

Neste sentido, convém mencionar alguns julgados desta Corte perfilhando semelhante linha de intelecção, *verbis:*

> Ementa: CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO DE REINTEGRAÇÃO DE POSSE. PRELIMINAR DE CERCEAMENTO DE DEFESA AFASTADA. MÉRITO: DECRETAÇÃO DE REVELIA. PRESUNÇÃO DE VERACIDADE DOS FATOS ALEGADOS NA INICIAL. **REQUISITOS DA AÇÃO POSSESSÓRIA PREVISTOS NO ART. 927 DO CPC. POSSE E ESBULHO DEMONSTRADOS. MANUTENÇÃO DA SENTENÇA.**
> - Trata o caso de apelação cível, em ação de reintegração de posse, por meio da qual os autores requerem a restituição da posse de parte de imóvel de que foram supostamente esbulhados. - Preliminar de cerceamento de defesa: - Inexiste nos autos qualquer mácula ao devido processo legal, uma vez que, não havendo fase instrutória, em virtude do julgamento antecipado da lide (decorrência da revelia), não há que se cogitar da apresentação de memoriais. - Preliminar afastada. - Mérito: - Em razão da revelia, em sede de apelação não podem os réus discutir matéria de cunho fático, que deveria ter sido alegada na contestação. E, em segundo grau de jurisdição, o Tribunal pode, tão somente, verificar as matérias de ordem pública, vale dizer, questões de ordem legal, não podendo mais se ater aos fatos, que se reputam verdadeiros, da forma como articulados pelos autores, dado que os direitos questionados são de ordem patrimonial. - Ademais, há que se destacar que os promoventes se desincumbiram satisfatoriamente do ônus processual de demonstrar o preenchimento dos requisitos previstos no Art. 927 do CPC, necessários para o deferimento da pretensão reintegratória. - Apelação conhecida e desprovida. - Sentença mantida. - Unânime. (Apelação 128292200880601821; Relator(a): MARIA IRACEMA MARTINS DO VALE; Comarca: Fortaleza; Órgão julgador: 4ª Câmara Cível; Data de registro: 15/07/2011)

> Ementa: CIVIL. PROCESSUAL CIVIL. REINTEGRAÇÃO DE POSSE. POSTULAÇÃO REINTEGRATIVA FUNDADA NA TITULARIDADE DO BEM. IMPOSSIBILIDADE, NESTA SEARA PROCESSUAL, DE DISCUSSÕES QUE SE ASSENTAM SOBRE A PROPRIEDADE. REQUISITOS PRECONIZADOS PELO ART. 927 DO CPC NÃO PREENCHIDOS. APELAÇÃO CONHECIDA E DESPROVIDA.
> 1. A Ação Reintegratória qualifica-se como um autêntico instrumento processual de proteção à posse contra eventuais esbulhos perpetrados em desfavor de quem a detém, não se vocacionando, contudo, à salvaguarda de direitos relacionados à propriedade do imóvel litigioso, haja vista que, nos termos do art. 1.210, §2º, do Código Civil, "não obsta à manutenção ou reintegração na posse a alegação de propriedade". Em virtude de tal

circunstância, não se admite, no ambiente processual dos chamados "interditos proibitórios", discussões que se assentem na titulação da propriedade do bem litigioso, permitindo-se, apenas, o debate processual a propósito do exercício da posse. Precedentes.
2. O desfecho exitoso de uma **Ação de Reintegração de Posse depende do preenchimento dos requisitos estatuídos no art. 927, do Código de Processo Civil, cabendo ao autor da ação provar: I - a sua posse; Il - a turbação ou o esbulho praticado pelo réu; III - a data da turbação ou do esbulho; IV - a continuação da posse, embora turbada, na ação de manutenção; a perda da posse, na ação de reintegração.**
3. Na espécie, a autora da ação não logrou comprovar os requisitos preconizados pelo art. 927, do Código de Processo Civil, razão pela qual deve ser mantida a sentença que julgou improcedente a Ação de Reintegração de Posse.
4. Apelação conhecida e desprovida. (Apelação 9936490200680600011; Relator(a): MARIA NAILDE PINHEIRO NOGUEIRA; Comarca: Fortaleza; Órgão julgador: 2ª Câmara Cível; Data de registro: 15/04/2011)

Ementa: APELAÇÕES CÍVEIS. AGRAVO RETIDO NÃO CONHECIDO. REINTEGRAÇÃO DE POSSE. NÃO COMPROVAÇÃO. ART. 927 DO CPC. ALEGAÇÃO DE DANOS MATERIAS SOFRIDOS PELO PROMOVIDO. AUSÊNCIA DE PROVAS. SENTENÇA MANTIDA.
1.Agravo retido não conhecido, visto que não houve requerimento expresso para seu enfrentamento nas razões da apelação, consoante determina o art. 523, caput, e § 1º do CPC.
2.Na situação em espécie, não restou comprovado que a autora estava na posse do imóvel quando houve o suposto esbulho pelo requerido, ônus que lhe competia, haja vista que **em se tratando de ação de reintegração de posse, deve a lide observar o cumprimento dos requisitos contidos no art. 927 do CPC, devendo ser demonstrado por aquele que se diz possuidor: a sua posse; a turbação praticada pela réu; a data da turbação e a continuação da posse.**
3.Como se sabe, para que se efetive a reparação de danos materiais, não basta a simples alegação de sua ocorrência, uma vez que se faz necessário sua comprovação, o que não ocorreu no caso em tela, já que o promovido não se desincumbiu de tal obrigação.
4.Recursos conhecidos e não providos. (Apelação 1493200580600891; Relator(a): ANTÔNIO ABELARDO BENEVIDES MORAES; Comarca: Fortaleza; Órgão julgador: 3ª Câmara Cível; Data de registro: 18/07/2011)

No que diz respeito ao pedido subsidiário de indenização pelas benfeitorias realizadas, é preciso verificar, em primeiro lugar, a natureza das benfeitorias supostamente existentes, tendo em vista que, em caso de esbulho por ato de má-fé, são indenizáveis apenas aquelas necessárias, conforme acentua o art. 1.220 do Código Civil.

Ora, é evidente que a construção de uma casa no terreno titularizado pelos ora Apelados não caracteriza benfeitoria de natureza útil ou necessária em relação ao terreno, haja vista que não aumentam ou facilitam o uso deste, nem mesmo visam a conservá-lo, mas apenas visam à sua exploração comercial ou econômica, aumentando o

seu valor. Trata-se, com efeito, de benfeitoria de natureza voluptuária, mas que somente poderia ter sido construída com a expressa autorização dos proprietários, o que não ocorreu na espécie.

Aplicável, assim, a regra prevista no art. 1.220 do Código Civil, que dispõe que "*ao possuidor de má-fé serão ressarcidas somente as benfeitorias necessárias;* ***não lhe assiste o direito de retenção pela importância destas, nem o de levantar as voluptuárias."***

É este o entendimento que ecoa da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, conforme ementa que a seguir transcrevo, *verbis:*

> (...) As construções realizadas pelos possuidores (casa sede, casa do administrador, casa do tratorista, casa de máquinas etc.) e as plantações (pastagem, coqueiros, bananeiras, limoeiros e laranjeiras) referem-se à exploração econômica do terreno e ao aumento de sua capacidade produtiva ou funcional. Não representam benfeitorias necessárias para sua conservação. (...) (REsp 937.800/RR, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 20/08/2009, DJe 11/05/2011)

Ainda que se alegasse a pretensa boa-fé da possuidora e ora Apelante, o que não me parece possível dessumir-se dos autos, haja vista que sabia não ser proprietária do bem objeto de litígio, não seria possível o levantamento da benfeitoria nele realizada, haja vista que, na espécie, trata-se de uma benfeitoria cujo levantamento acarretaria a sua própria destruição, com a consequente deterioração do terreno (foi erguida, como já oportunamente se mencionou, uma casa de alvenaria).

Forte nestas razões, conheço e nego provimento ao Apelo.

É como voto, Sr. Presidente.

Fortaleza, 11 de outubro de 2011.

NÚMERO ÚNICO: 76147-52.2005.8.06.0001/1
TIPO DO PROCESSO: APELAÇÃO em EMBARGOS DE TERCEIRO em EXECUÇÃO em AÇÃO CAUTELAR PREPARATÓRIA DE ARRESTO
ORIGEM: 8ª VARA CÍVEL DA COMARCA DE FORTALEZA-CE
APELANTE/APELADA(ADESIVAMENTE)/TERCEIROEMBARGANTE: COMPANHIA DE ABASTECIMENTO D´ÁGUA E SANEAMENTO DE ALAGOAS – CASAL
APELADA/APELANTE(ADESIVAMENTE)/EMBARGADA/EXEQUENTE: RUANIX DO BRASIL LTDA.
APELADA/EMBARGADA(LITISCONSÓRCIO PASSIVO NECESSÁRIO)/EXECUTADA: EMPREENDIMENTOS MASTER S/A
ÓRGÃO JULGADOR: SEGUNDA CÂMARA CÍVEL
RELATOR: DES. FRANCISCO DE ASSIS FILGUEIRA MENDES

EMENTA: DIREITO PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE TERCEIRO. MATÉRIA DE ORDEM PÚBLICA. INTEMPESTIVIDADE. INOBSERVÂNCIA DO PRAZO ESTABELECIDO NO ART. 1.048, DO CPC. RECONHECIMENTO *EX OFFICIO*. TERMO INICIAL: A PARTIR DA CIÊNCIA INEQUÍVOCA DA CONSTRIÇÃO JUDICIAL. FALTA DE INTERESSE PROCESSUAL EM SENTIDO AMPLO. INADEQUAÇÃO PROCEDIMENTAL. EXTINÇÃO DO FEITO SEM RESOLUÇÃO DO MÉRITO, NOS TERMOS DO ART. 267, VI, DO CPC. RECURSO ADESIVO PREJUDICADO. RETORNO DOS AUTOS À ORIGEM PARA FINS DE PROSSEGUIMENTO DA EXECUÇÃO (PROCESSO PRINCIPAL)

1. Cuida-se de APELAÇÃO CÍVEL (fls. 478/495) interposta, no prazo legal, pela COMPANHIA DE ABASTECIMENTO D'ÁGUA E SANEAMENTO DE ALAGOAS - CASAL contra sentença prolatada pelo JUÍZO DA 8ª VARA CÍVEL DA CAPITAL às fls. 448/453 (complementada às fls. 461 e 477), que, nos autos da AÇÃO DE EMBARGOS DE TERCEIRO, movida pela ora apelante contra RUANIX DO BRASIL LTDA. e EMPREENDIMENTOS MASTER S/A (litisconsorte passivo necessário), ambas embargadas, houve por bem julgar IMPROCEDENTE "... *o pedido deduzido nos vertentes embargos, mantendo, por consequência, a penhora realizada sobre os valores objeto da Ação de Execução."* (fl. 453), condenando, mais adiante, quando do julgamento dos aclaratórios, a embargante (CASAL) nos ônus sucumbenciais em R$ 2.000,00 (dois mil reais).

2. De início, incumbe analisar a tempestividade dos

embargos de terceiro aforados na origem, devendo ser conhecida de ofício, caso seja verificada a sua intempestividade, ainda que não tenha sido constatada pelo juízo *a quo* e independentemente dos apelados terem ou não suscitados em suas contrarrazões, porquanto não acobertada pela preclusão, por se tratar de matéria de ordem pública.
3. O Superior Tribunal de Justiça, interpretando o art. 1.048, do CPC, firmou entendimento de que o prazo de 5 (cinco) dias para a propositura dos embargos de terceiro conta-se a partir da ciência inequívoca da constrição judicial, momento apto a desencadear o termo inicial do prazo. PRECEDENTES STJ
4. Com efeito, considerando-se a data 14.04.2005 como marco inicial da contagem do prazo para propositura dos embargos de terceiro, tendo a CASAL efetivamente proposto a demanda em 24.11.2005 (ou seja, sete meses depois que teve ciência da constrição judicial), tal ação foi protocolizada além do prazo estabelecido no art. 1.048, do CPC, portanto, sendo intempestiva.
5. Portanto, a CASAL é carecedora de ação, diante da ausência de interesse processual em sentido amplo – inadequação procedimental –, em decorrência da inadequação do meio pelo qual se pretende obter a tutela jurisdicional, tendo em vista a intempestividade dos embargos de terceiro, por conseguinte, devendo incidir o disposto no art. 267, VI, do CPC. Por via de consequência, resta PREJUDICADA a análise do RECURSO ADESIVO**.**
6. Por derradeiro, impõe-se a condenação, nos termos do § 4º (quarta figura), do art. 20, do CPC, a recorrente (CASAL) ao pagamento dos ônus sucumbenciais, incluídos honorários advocatícios, no valor de R$ 5.000,00 (cinco mil reais).
7. APELAÇÃO CONHECIDA. QUESTÃO DE ORDEM PÚBLICA PROCLAMADA. INTEMPESTIVIDADE. EXTINÇÃO DOS EMBARGOS DE TERCEIRO SEM RESOLUÇÃO DO MÉRITO. APELO ADESIVO PREJUDICADO. RETORNO DOS AUTOS À ORIGEM PARA FINS DE PROSSEGUIMENTO DA EXECUÇÃO (PROCESSO PRINCIPAL).

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos da Apelação Cível de Fortaleza Nº 76147-52.2005.8.06.0001/1, em que litigam as partes, acima

nominadas, ACORDA A TURMA JULGADORA DA SEGUNDA CÂMARA CÍVEL DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO CEARÁ, por unanimidade de votos, em CONHECER do recurso de APELAÇÃO, vez que presentes os requisitos admissibilidade, para, proclamando matéria de ordem pública (declarável em qualquer tempo e grau de jurisdição, *ex vi* do art. 267, VI e §3º, do CPC), determinar a EXTINÇÃO DOS EMBARGOS DE TERCEIRO, SEM RESOLUÇÃO DO MÉRITO, à luz do art. 267, VI, do CPC, à míngua de interesse processual em sua visão macro, consistente na inadequação do provimento pretendido ao procedimento eleito, decorrente da inobservância do prazo estabelecido no art. 1.048, do CPC, impondo-se, assim, o reconhecimento da sua intempestividade e, em cadeia, da inexistência da sentença de fls. 448/453 (complementada às fls. 461 e 477), devendo a execução (processo principal) retomar o seu curso regular, restando PREJUDICADA a análise do RECURSO ADESIVO interposto pela apelada/apelante(adesivamente)/embargada/exequente, condenando-se a recorrente (CASAL) ao pagamento dos ônus sucumbenciais, incluídos honorários advocatícios, no valor de R$ 5.000,00 (cinco mil reais), tudo nos termos do voto do Relator, que integra esta decisão.

RELATÓRIO

Cuida-se de APELAÇÃO CÍVEL (fls. 478/495) interposta, no prazo legal, pela COMPANHIA DE ABASTECIMENTO D'ÁGUA E SANEAMENTO DE ALAGOAS - CASAL contra sentença prolatada pelo JUÍZO DA 8ª VARA CÍVEL DA CAPITAL às fls. 448/453 (complementada às fls. 461 e 477), que, nos autos da AÇÃO DE EMBARGOS DE TERCEIRO, movida pela ora apelante contra RUANIX DO BRASIL LTDA. e EMPREENDIMENTOS MASTER S/A (litisconsorte passivo necessário), ambas embargadas, houve por bem julgar IMPROCEDENTE "*... o pedido deduzido nos vertentes embargos, mantendo, por consequência, a penhora realizada sobre os valores objeto da Ação de Execução.*" (fl. 453), condenando, mais adiante, quando do julgamento dos aclaratórios, a embargante (CASAL) nos ônus sucumbenciais em R$ 2.000,00 (dois mil reais).

Tendo em vista a complexidade do julgamento da presente apelação, fazem-se necessárias algumas considerações, especificamente, quanto à ação cautelar preparatória de arresto com pedido liminar; à exceção de incompetência; à execução (ação principal da cautelar) e, por último, aos embargos de terceiro. Vejamos:

AÇÃO CAUTELAR PREPARATÓRIA DE ARRESTO (12.05.2004): Em retrospectiva, vale frisar que a empresa RUANIX DO BRASIL LTDA., ora apelada/apelante(adesivamente)/embargada/exequente, ajuizou ação cautelar preparatória de arresto com pedido de liminar em desfavor da empresa EMPREENDIMENTOS MASTER S/A., ora apelada/embargada(litisconsórcio passivo necessário)/executada, visando ao arresto da quantia de R$ 782.000,00 (setecentos e oitenta e dois mil reais), tendo em vista a primeira ser credora da segunda (MASTER) e esta encontrar-se

inadimplente.

A autora da cautelar (RUANIX) alegou que esse valor era decorrente de um crédito que a MASTER possuía com a CASAL, ora apelante/apelada(adesivamente)/ embargante, em que aquela (MASTER) fez vincular o pagamento devido pela CASAL, através de um protocolo de Intenções de Negócios de Compra e Venda e Cessão de Direitos Creditórios, à RUANIX DO BRASIL.

Em seguida, ressaltou que a CASAL obteve ciência da referida Cessão de Crédito desde 07.02.2003, quando a empresa MASTER lhe enviou uma correspondência, sendo reforçada pela RUANIX DO BRASIL LTDA. em 09.12.2003, através de carta. Informou, ainda, que a notificação extrajudicial ocorreu em 18.02.2004 (fl. 39).

LIMINAR DEFERIDA às fls. 48/50.

Certidão expedida pelo oficial de justiça do juízo deprecado (fl. 79.v.), informando que os representantes legais da CASAL disseram não haver mais crédito em favor da empresa MASTER, vez que o valor devido tinha sido transferido à empresa PILUX. Certificou, ainda, que os advogados da CASAL tomaram ciência de todo o teor do mandado de arresto (em 28.05.2004).

Petição da CASAL em 01.06.2004 (fls. 83/85).

Nova Certidão expedida pelo oficial de justiça em 07.06.2004, após determinação do juiz deprecante, no sentido de que o meirinho procedesse a lavratura do auto de arresto, independentemente das alegações apresentadas pela CASAL, nos seguintes temos: "... que em se tratando de ato de **arresto** contra a **Companhia de Abastecimento de Água do Estado de Alagoas**, **deixei como depositário do bem (crédito) acima aludido, o presidente da referida companhia (CASAL),** Sr. Fernando de Souza, o qual, porém, negou-se a ficar como depositário fiel do bem (crédito) arrestado, ou seja, negou-se a assinar o competente de Auto de Arresto, alegando que não existe qualquer crédito devido à empresa Emsa-Empreendimentos Master S/A...". (fl. 115.v.).

Petição da CASAL em 14.06.2004 (fls. 119/121).

Contestação apresentada pela MASTER às fls. 151/168.

Auto de Arresto, às fl. 424, em que foi bloqueado, em 12.04.2005, (I) no Banco do Brasil, o valor de R$ 148.474,49 (cento e quarenta e oito mil, quatrocentos e setenta e quatro reais e quarenta e nove centavos); (II) na Caixa Econômica Federal, em 13.04.2005, o valor de R$ 140.780,66 (cento e quarenta mil, setecentos e oitenta reais e sessenta e seis centavos); e, finalmente, (III) no Banco Mercantil, entre os dias 14.04.2005 e 16.04.2005, o valor de R$ 604.265,29 (seiscentos e quatro mil, duzentos e sessenta e cinco reais e vinte e nove centavos), totalizando R$ 893.520,44 (oitocentos e noventa e três mil, quinhentos e vinte reais e quarenta e quatro centavos).

Petição da CASAL em 18/04/2005, quando, novamente, veio aos autos da ação cautelar (fls. 261/274), com pedido de reconsideração de despacho, requerendo que fosse determinado o desbloqueio imediato das contas e o acatamento da preliminar de ilegitimidade passiva *ad causam*.

À fl. 434, a CASAL informou à origem a interposição do AGRAVO DE INSTRUMENTO N.º 2005.0008.5102-9 (22.04.2005), visando à devolução de todos os valores bloqueados e à nulidade do processo cautelar, ao qual foi negado seguimento, em decorrência da má formação do instrumento (fls. 463/465).

Petição da CASAL em 27.05.2005 (fls. 468/472).

Na sentença (fls. 540/544), o magistrado *a quo,* no processo cautelar movido pela RUANIX em desfavor da empresa MASTER, inicialmente, não considerou a empresa CASAL como parte naquele feito, julgando, no mérito, procedente a ação cautelar, convertendo o arresto em penhora e , por conseguinte, determinando que se prosseguisse o processo executório.

Certidão, à fl. 555, informando que decorreu o prazo legal e que nada foi apresentado ou requerido por ambas as partes (RUANIX e/ou MASTER), com relação à sentença da ação cautelar preparatória de arresto. Certificou-se, ainda, que a empresa CASAL interpôs embargos de terceiro em relação à referida sentença.

EXCEÇÃO DE INCOMPETÊNCIA (30.07.2004): Ação de exceção de incompetência (Proc. 2004.02.46543-1) ajuizada pela MASTER em face da RUANIX , visando à remessa dos autos para uma das Varas Cíveis do Foro Central da Comarca de São Paulo, Estado de São Paulo.

Manifestação sobre a exceção às fls. 19/21.

Decisão à fl. 22/24, julgando improcedente a exceção, determinando o prosseguimento dos processos em apenso.

À fl. 33, a MASTER informou à origem a interposição do AGRAVO DE INSTRUMENTO N.º 2005.0004.8295-3, ao qual foi negado seguimento (fls. 51/55).

AÇÃO DE EXECUÇÃO (06.08.2004): A empresa RUANIX ajuizou ação de execução de título extrajudicial (Proc. nº. 2004.0247.2153), na qualidade de ação principal da cautelar (Proc. nº. 2004.02.27264-1), em desfavor da MASTER, em decorrência dos contratos denominados "Termo de Vinculação de Receitas – TVR´s", no qual a executada (MASTER) negociou com a exequente (RUANIX) e se comprometeu a efetuar o pagamento de sua dívida, vinculando-o a um crédito que receberia da empresa CASAL.

Decisão em 30.06.2006, às fl. 37, no sentido de determinar a suspensão do processo de execução, à luz do art. 1.052, do CPC, não agravada.

À fl. 73, o juiz *a quo* entendeu prejudicado o procedimento para tomar por termo à penhora e indeferiu a expedição de carta precatória, em decorrência da suspensão do processo executório, outrora determinada, conforme acima dito.

De tal decisão, foi interposto embargos de declaração (74/79), aos quais foi negado provimento.

Seguidamente, à fl. 88, a RUANIX informou à origem a interposição do AGRAVO DE INSTRUMENTO N.º 33618-45.2010.8.06.0000, objetivando à anulação da decisão de fl. 86 e que fosse determinado ao juiz *a quo* que procedesse a citação da executada, ao qual foi negado seguimento.

Feitos os relatos necessários à compreensão, passemos, agora, análise dos Embargos de Terceiro objeto da presente apelação.

EMBARGOS DE TERCEIRO (24.11.2005): Interpostos pela CASAL, ora apelante/apelada(adesivamente)/terceiroembargante, em face de RUANIX e MASTER (litisconsorte passivo necessário), nos quais alega: (I) o cabimento dos embargos; (II) o cerceamento de defesa; (III) a violação ao princípio do devido processo legal e ao direito de propriedade; (IV) a não observância ao princípio do *pacta sunt servanda* pela embargada; (V) o pagamento, *in totum*, da quantia devida, tendo em vista a cessão de crédito celebrada em favor da empresa PILUX DO BRASIL S.A., em cumprimento ao acordo judicial celebrado com a MASTER.

Por derradeiro, pugna pela necessidade de antecipação dos efeitos da tutela, em virtude da verossimilhança das alegações e do risco de dano irreparável ou de difícil reparação, requerendo, ao final, fosse confirmado os efeitos da tutela antecipada, para declarar desconstituído o arresto e a penhora da quantia de R$ 782.000,00 (setecentos e oitenta e dois mil reais), em virtude de esse valor ser de sua propriedade.

IMPUGNAÇÃO AOS EMBARGOS DE TERCEIROS (fls. 222/241) manejada pela RUANIX, na qual defende, preliminarmente, a carência de ação (ilegitimidade ativa). No mérito, alega que a CASAL não é parte integrante do Termo de Vinculação de Receitas - TVR´s celebrado somente com a MASTER, a devida notificação da CASAL sobre a cessão de crédito. Ressalta, que a CASAL conformou-se com a decisão da cautelar em apenso.

Denuncia, ainda, que em sede de embargos de terceiro não cabe à parte discutir os direitos sobre o bem objeto da constrição.

MANIFESTAÇÃO DA CURADORIA ESPECIAL (fls. 424/433): Defesa em favor dos interesses da ausente MASTER, na qual suscita, preliminarmente, a nulidade da citação ficta e a ilegitimidade passiva. No mérito, contesta por negação geral, com fulcro no art . 302, parágrafo único, do CPC.

SENTENÇA (fls. 448/453): Ao sentenciar, o juiz singular julgou improcedente o pedido lastreado nos embargos de terceiro, nos termos relatados no preâmbulo.

Às fls. 455/460, a CASAL interpôs embargos de declaração com efeito modificativo, requerendo que sejam sanadas as omissões e contradições constantes na sentença e, por conseguinte, que seja proferida nova decisão modificando o julgado.

SENTENÇA DE ED's (I) (fl. 461), desacolhendo os aclaratórios, mantendo inalterada a decisão hostilizada.

Às fls. 463/469, a RUANIX interpôs embargos de declaração, alegando omissão quanto a condenação da CASAL no que diz respeito aos honorários de sucumbência e custas judiciais.

NOVA SENTENÇA DE ED's (II), acolhendo os aclaratórios, para condenar "*... a parte autora nas custas e nos honorários de sucumbência, estes fixados em R$ 2.000,00 (dois mil reais).*" (fl. 477).

Irresignada com a SENTENÇA de fls. 448/453, complementada às fls. 461 e 477, a empresa CASAL interpôs o recurso *sub examine* para esta superior instância.

APELAÇÃO: Em suas razões recursais (fls. 479/495), alega, preliminarmente, (I) a admissibilidade e tempestividade da apelação; (II) a necessidade de atribuição do efeito suspensivo na presente apelação; (III) a ilegitimidade passiva, em virtude da não inserção no polo passivo da ação que originou o arresto e a penhora, por conseguinte, o cerceamento de defesa; (IV) a negativa de prestação jurisdicional e a ausência de fundamentação lógica e legal da sentença, ora vergastada, ofendendo-se, assim, aos arts. 5º, XXXV e 93, IX, ambos, da CF/88.

No mérito, argui, em síntese, (V) a inexistência de obrigações com a empresa RUANIX, vez que há um acordo judicial que obstava qualquer pagamento; (VI) a inobservância da cessão de crédito realizada em favor da PILUX, que impedia qualquer uso diverso dos valores devidos à MASTER, em decorrência de processo judicial.

Intimado na forma da lei, a RUANIX, apresentou **CONTRARRAZÕES** (fls.500/516), aduzindo, em síntese, (I) a tempestividade da presente manifestação; (II) a devida notificação da CASAL sobre a cessão de crédito; (III) a litigância de má-fé da CASAL, tendo em vista a alteração dos fatos para justificar a sua torpeza e encobrir a tramoia que se acumpliciou; (IV) a pertinência da medida cautelar de arresto; (v) a manutenção da sentença "*a quo*".

Por derradeiro, requer que seja encaminhado cópia integral deste processo ao Ministério Público do Estado de Alagoas, visando à apuração e à adoção de medidas jurídicas necessárias contra a fraude e as improbidades cometidas, em decorrência da empresa apelante (CASAL) ser uma sociedade de economia mista do Estado de Alagoas, à luz do art. 40, do CPC.

RECURSO ADESIVO: Ato contínuo, a RUANIX recorreu de forma ADESIVA (fls. 524/528), alegando, preliminarmente, a tempestividade e o cabimento do instrumento recursal. No mérito, denuncia a ausência de condenação da CASAL em relação à verba de sucumbência.

CONTRARRAZÕES ao recurso Adesivo de Apelação às fls. 531/533.

Pedido de desapensamento e a remessa dos respectivos autos de execução (processo nº 2000.01396233-8) ao juízo de origem deferido à fl. 599.

Sem necessidade de intervenção ministerial (REsp 628.806/DF, Rel. Ministro FRANCISCO FALCÃO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 14/12/2004, DJ 21/02/2005, p. 113).

Autos conclusos para julgamento (fl. 607).

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

É o relatório.

VOTO

Questões preliminares:

Por força do art. 560, do CPC, impõe-se a análise, além dos pressupostos de admissibilidade do recurso de apelação e do apelo adesivo, das questões prévias ao mérito da demanda, suscitadas (ou não) de ofício por este Relator, enquanto matérias de ordem pública.

1. Dos Pressupostos de Admissibilidade Recursal:

Inicialmente, **CONHEÇO** do RECURSO DE APELAÇÃO interposto pela COMPANHIA DE SANEAMENTO DE ALAGOAS – CASAL**,** às fls. fls. 479/495, por observar presentes os pressupostos extrínsecos e intrínsecos de admissibilidade (cabimento, legitimidade recursal, interesse recursal, tempestividade, regularidade formal, inexistência de fato impeditivo ou extintivo do poder de recorrer).

2. Questão de Ordem Pública

Compulsando os autos, verifico que a CASAL, ora apelante/apelada(adesivamente)/embargante, manejou embargos de terceiro em face da RUANIX DO BRASIL LTDA. (apelada/apelante(adesivamente)/embargada/exequente) e da MASTER (apelada/embargada(litisconsórcio passivo necessário)/executada), objetivando a desconstituição do arresto e da penhora da quantia de R$ 782.000,00 (setecentos e oitenta e dois mil reais).

De início, incumbe a este julgador analisar a **tempestividade** dos embargos de terceiro aforados na origem, devendo ser conhecida de ofício, caso seja verificada a sua intempestividade, ainda que não tenha sido constatada pelo juízo *a quo* e independentemente dos apelados terem ou não suscitados em suas contrarrazões, porquanto não acobertada pela preclusão, por se tratar de **matéria de ordem pública**.

Outrossim, trata-se de exceção ao princípio dispositivo que veda a *reformatio in pejus*, vez que, na hipótese, o efeito é translativo (e não devolutivo), à semelhança do que ocorre na remessa necessária, e decorre do princípio inquisitório.

Diante disso, oportunos são os ensinamentos de Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery, *in* Código de Processo Civil Comentado e Legislação Extravagante, RT, 11ª edição, 2.010, p. 850 (item 32), ao comentarem sobre o efeito translativo do recurso, *in litteris*:

> **"32. Efeito translativo.** Dá-se o efeito quando o sistema autoriza o tribunal a julgar fora do que consta das razões ou contrarrazões do recurso, ocasião em que não se pode falar em julgamento *ultra*, *extra* ou *infra petita*. Isto ocorre normalmente com as questões de ordem pública, que devem ser conhecidas de ofício pelo juiz e a cujo respeito não se opera a preclusão. A translação desses questões ao juízo *ad quem* está autorizada pelo CPC

> 515, §1º a 3º e 516. O exame das questões de ordem pública, ainda que não decididas pelo juízo *a quo*, fica transferido ao tribunal destinatário do recurso por força do efeito translativo autorizado pelo CPC 515."

Registro que o art. 1.048, do CPC, trata sobre o prazo para interposição da ação de embargos de terceiro no processo de conhecimento, cautelar e de execução, que assim dispõe:

> "Art. 1.048. Os embargos podem ser opostos a qualquer tempo no processo de conhecimento enquanto não transitada em julgado a sentença, e, no processo de execução, até 5 (cinco) dias depois da arrematação, adjudicação ou remição, mas sempre antes da assinatura da respectiva carta."

Especificamente quanto à tempestividade dos referidos embargos, interpostos em 24.11.2005, fazem-se necessárias algumas considerações para poder se inferir o termo *a quo* da contagem do prazo para sua propositura. Explico.

1. Primeiramente, o Superior Tribunal de Justiça, interpretando o art. 1.048, do CPC, firmou entendimento de que o prazo de 5 (cinco) dias para a propositura dos embargos de terceiro conta-se a partir da ciência inequívoca da constrição judicial, momento apto a desencadear o termo inicial do prazo. Vejamos, *mutatis mutandis*:

> "PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE TERCEIRO. PRAZO. MANIFESTAÇÃO NOS AUTOS. INTIMAÇÃO.
> 1. Para o terceiro embargante que não teve ciência da execução, o prazo inicia-se com a turbação, situação diversa da versada nos autos, em que o recorrente tomara ciência inequívoca da imissão na posse anteriormente à juntada aos autos do mandado. Precedentes.
> 2. Agravo regimental não provido." (AgRg no REsp 1206181 / PA, Rel. Ministro CASTRO MEIRA, SEGUNDA TURMA, julgado em 23/11/2010, Dje 01/12/2010)

> "EMBARGOS DE TERCEIRO. ART. 1.048, DO CPC. TERCEIRO QUE NÃO TEVE CONHECIMENTO DO PROCESSO DE EXECUÇÃO. PRAZO PARA AJUIZAMENTO. CINCO DIAS DA DATA EM QUE MANIFESTADA A TURBAÇÃO DA POSSE.
> 1. A jurisprudência deste Superior Tribunal de Justiça firmou-se no sentido de que o prazo de cinco dias para o terceiro-embargante, que não teve ciência do processo de execução, ajuizar os embargos de terceiro conta-se da data da efetiva turbação da posse e não da arrematação. 2. Recurso especial provido." (REsp 974.249/SP, Rel. Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, QUARTA TURMA, julgado em 12/02/2008, DJe 19/05/2008)

> "Embargos de terceiro. Prazo. Fraude de execução. Precedentes da Corte.
> 1. Como assentado na jurisprudência da Corte, o prazo para interposição dos embargos de terceiro conta-se da data em que manifestada a turbação.
> 2. Apoiada a decisão do Tribunal local em aspectos de fato sobre a ausência

> de citação quando da venda do imóvel e sem a configuração de insolvência, não há falar em fraude de execução.
> 3. Recurso especial não conhecido." (Resp. 651.126/DF, Rel. Ministro CARLOS ALBERTO MENEZES DIREITO, TERCEIRA TURMA, julgado em 29/11/2006 , DJe 26/03/2007)
>
> "EMBARGOS DE TERCEIRO. PRAZO. INTEMPESTIVIDADE. ARREMATAÇÃO. ART. 1.048 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL.
> - O prazo para oferecimento dos embargos de terceiro flui a partir do momento em que este sofrer agressão à sua posse. Precedentes do STJ. Recurso especial conhecido, em parte, e provido." (REsp 436.204/MT, Rel. Ministro BARROS MONTEIRO, QUARTA TURMA, julgado em 07/04/2005, DJ 30/05/2005, p. 380).

Desse modo, analisado os presentes autos em retrospecto, verifica-se que este julgador poderia considerar que a CASAL teve conhecimento de uma possível constrição judicial, até ser, realmente, efetivada, nas seguintes datas:

(I)Em 28.05.2004, quando o oficial de justiça (fl. 79.v.), pela primeira vez, tentou proceder ao arresto da quantia de R$ 782.000,000 (setecentos e oitenta e dois mil reais), certificando que os advogados da CASAL tomaram ciência de todo o teor do mandado.

(II)Em 01.06.2004, quando a CASAL peticionou (fls. 83/85) no sentido de informar que foi surpreendido pela presença de um oficial de justiça portando mandado judicial de arresto.

(III)Em 07.06.2004, quando o oficial procedeu ao arresto (fl. 115.v.) contra a CASAL, deixando como depositário o presidente da companhia, Sr. Fernando de Souza, o qual, porém, negou-se a assinar o competente auto de arresto.

(IV)Em 06.08.2004, momento em que a RUANIX ajuizou ação de execução de título extrajudicial, na qualidade de ação principal da cautelar, em face da MASTER.

(V)Em 16.04.2005, momento em foi realizado o último bloqueio (fl. 424/429) nas contas da CASAL.

(VI)Em 18.04.2005, quando, novamente, a CASAL veio aos autos da ação cautelar (fls. 261/274), com pedido de reconsideração de despacho, requerendo que fosse determinado o desbloqueio imediato das contas e o acatamento da preliminar de ilegitimidade passiva *ad causam*.

(VII)Em 22.04.2005, quando a CASAL informou à origem a interposição de AGRAVO DE INSTRUMENTO (nº. 200.0008.5102-9), visando a devolução de todos os valores bloqueados, bem como à anulação de todos os atos da cautelar em relação à ali agravante (CASAL), cuja decisão (fls. 463/465) foi no sentido de negar-lhe seguimento, em decorrência da má formação do instrumento.

(VIII)Em 06.10.2005, quando circulou a sentença (fls. 540/544) do processo cautelar, a qual converteu o arresto em penhora.

(IX)Em 24.10.2005, data do recebimento da carta de intimação da sentença

do processo cautelar (fl. 547), a qual foi expedida à CASAL, conforme certidão à fl. 545 (autos da ação cautelar).

2. Esta Relatoria considera como marco inicial da contagem do prazo para propositura dos embargos de terceiro, originários do presente recurso, o momento em que a CASAL requereu, nos autos da ação cautelar, (VI) a reconsideração de despacho, visando ao desbloqueio imediato das contas da empresa **(**em 18.04.2005**)**.

Ressalta-se que, nesta data, já tinha sido bloqueado nas contas bancárias da CASAL o valor de R$ 148.474,49 (cento e quarenta e oito mil, quatrocentos e setenta e quatro reais e quarenta e nove centavos), no Banco do Brasil, e de R$ 140.780,66 (cento e quarenta mil, setecentos e oitenta reais e sessenta e seis centavos), na Caixa Econômica Federal, constrição incontestavelmente percebida pela apelante.

Importante, ainda, mencionar que apesar da CASAL não ter sido parte no processo cautelar, em alguns momentos ali peticionou, tanto é que interpôs o AGRAVO DE INSTRUMENTO (nº. 200.0008.5102-9), em 22.04.2005, visando à devolução de todos os valores bloqueados, corroborando, assim, a ciência inequívoca da constrição judicial realizada em suas contas bancárias.

Menciono, a respeito, um trecho do julgamento do REsp. nº 678.375/GO, DJ 26.02.2007, no qual o em. Ministro MASSAMI UYEDA se manifestou sobre a ciência inequívoca, na hipótese de embargos de terceiro (com destaque):

> "Bem de ver, na espécie, encontra-se a matéria, de fato, sobejamente decidida pelo Tribunal de origem, por ocasião do julgamento do agravo de instrumento, assentando que o ora recorrido somente tomou conhecimento do ato judicial após o dia 23.1.2001, **por meio de informações de seus vizinhos a respeito da presença do oficial justiça, que não conseguiu cumprir mandado de desocupação** (fl. 20). **Ato aliás, que figura-se, inequivocamente, turbação de sua posse.** Oportuno observar, inclusive, que a presente ação foi prontamente ajuizada na data em 5.2.2001."

Com efeito, considerando-se a data 14.04.2005 como marco inicial da contagem do prazo para propositura dos embargos de terceiro, tendo a CASAL efetivamente proposto a demanda em 24.11.2005 (ou seja, sete meses depois que teve ciência da constrição judicial), tal ação foi protocolizada além do prazo estabelecido no art. 1.048, do CPC, portanto, sendo intempestiva.

Outrossim, ainda que se considerasse qualquer dos termos mencionados, inclusive a data de 24.10.2005, **(IX)** momento em que a CASAL recebeu carta de intimação da sentença do processo cautelar (fl. 547 do autos da ação cautelar), a qual converteu o arresto em penhora, infere-se, igualmente, que os embargos de terceiro são INTEMPESTIVOS.

Portanto, a CASAL é carecedora de ação, diante da ausência de interesse processual em sentido amplo – inadequação procedimental –, em decorrência da inadequação do meio pelo qual se pretende obter a tutela jurisdicional, tendo em vista a

intempestividade dos embargos de terceiro, por conseguinte, devendo incidir o disposto no art. 267, VI, do CPC.

Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery assinalam que "De outra parte, se o autor mover a ação errada ou utilizar-se do procedimento incorreto, o provimento jurisdicional não lhe será útil, razão pela qual a inadequação procedimental acarreta a inexistência de interesse processual." (NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade, *in* Código de Processo Civil Comentado e Legislação Extravagante, RT, 11ª edição, 2.010, item 16 p. 526).

Considerando os parâmetros adotados em casos semelhantes pela jurisprudência, atual e reiterada, dos Tribunais pátrios, inclusive, do Superior Tribunal de Justiça, respaldado, ainda, na doutrina mais abalizada, **VOTO** pelo **CONHECIMENTO** do recurso de **APELAÇÃO**, vez que presentes os requisitos admissibilidade, para, proclamando **matéria de ordem pública** (declarável em qualquer tempo e grau de jurisdição, *ex vi* do art. 267, VI e §3º, do CPC), determinar a **EXTINÇÃO DOS EMBARGOS DE TERCEIRO, SEM RESOLUÇÃO DO MÉRITO**, à luz do art. 267, VI, do CPC, à míngua de interesse processual em sua visão macro, consistente na inadequação do provimento pretendido ao procedimento eleito, decorrente da inobservância do prazo estabelecido no art. 1.048, do CPC, impondo-se, assim, o reconhecimento da sua intempestividade e, em cadeia, da inexistência da sentença de fls. 448/453 (complementada às fls. 461 e 477), devendo a execução (processo principal) retomar o seu curso regular.

Por via de consequência, resta **PREJUDICADA** a análise do **RECURSO ADESIVO** interposto pela apelada/apelante(adesivamente)/embargada/exequente, tudo nos termos do voto deste Relator, que integra esta decisão.

Condeno, nos termos do § 4º (quarta figura), do art. 20, do CPC, a recorrente (CASAL) ao pagamento dos ônus sucumbenciais, incluídos honorários advocatícios, no valor de R$ 5.000,00 (cinco mil reais).

É COMO VOTO.

Fortaleza-CE, 05 de outubro de 2.011.

Apelação Cível nº 7723-84.2007.8.06.0001/1, oriunda da 9ª Vara Cível da Comarca de Fortaleza.
Apelante: D'Fiorenna Indústria de Cosméticos Ltda.
Apelada: Francisca de Assis Barbosa.
Relatora: Desa. Maria Iracema Martins do Vale.

EMENTA:
DIREITO DO CONSUMIDOR. RESPONSABILIDADE DO FABRICANTE. PRELIMINAR DE NULIDADE DA CITAÇÃO E AUSÊNCIA DE INTIMAÇÃO REJEITADAS. MÉRITO. VÍCIO DE PRODUTO ESTÉTICO QUE CAUSOU QUEIMADURAS NA AUTORA. RESPONSABILIDADE OBJETIVA CONFIGURADA.
1. Trata-se de apelação cível em ação de reparação por danos materiais e morais, por ter a autora sofrido danos estéticos após a utilização de produto fabricado pela empresa ré.
- Preliminares:
2. Para a regular citação de pessoa jurídica, basta que a pessoa que receba a comunicação processual aparente, de maneira razoável, ser representante da pessoa jurídica contra quem se demanda.
3. Prevendo o Art. 39, II do Código de Processo Civil que é dever do advogado comunicar ao escrivão do processo qualquer mudança de endereço, em não se desincumbindo deste ônus, é de se presumir válida e perfeita a intimação realizada no endereço anteriormente informado.
- Mérito:
4. Narrou a autora que, quando da aplicação do produto fabricado pela ré, o mesmo lhe causou queimaduras na pele, resultando em grande perturbação de ordem moral e necessidade de tratamento das lesões, no que se configurariam os danos material e moral.
5. Não se pode negar que o uso de produto químico de fins estéticos que acabe por causar queimaduras no consumidor, molestando seu estado de saúde e causando deformidades em sua pele, gera o dever de indenizar, inclusive moralmente, aquele que foi lesado, ultrapassando qualquer esfera de mero dissabor.
6. De igual sorte, deve ser concedida a indenização por danos materiais, em virtude da consulta médica a profissional especializado, bem como do tratamento ao qual a autora teve de se submeter, tudo devidamente

comprovado através de recibos e notas fiscais.
7. O valor arbitrado a título de danos morais mostra-se razoável, não existindo razão para modificá-lo.
- Apelação conhecida e não provida.
- Sentença mantida.
- Unânime.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de Apelação Cível nº 7723-84.2007.8.06.0001/1, 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 recurso, rejeitar as preliminares e negar-lhe provimento, nos termos do voto da Relatora.

Fortaleza, 17 de agosto de 2011.

RELATÓRIO

Tratam os autos de apelação cível interposta com o objetivo de desconstituir sentença do Juízo *a quo* que decidiu pela procedência do pleito inicial.

O caso/a ação originária: Francisca de Assis Barbosa ajuizou ação ordinária visando indenização por danos morais e materiais causados pelo uso de produto estético fabricado pela empresa ré. Para tanto, aduziu a responsabilidade objetiva dos fabricantes por produtos defeituosos, prevista no Código de Defesa do Consumidor.

Certificada a intempestividade da contestação (fl. 34), a magistrada de primeiro grau decretou a revelia da requerida (fl. 40/41).

Carta de intimação para recebimento da peça desentranhada devolvida (fl. 39v) por motivo de mudança do endereço da causídica da ré.

A sentença: a magistrada de primeiro grau julgou procedente a demanda. Transcrevo o dispositivo da sentença (fl. 41):

> "Em decorrência disso, parece-me razoável condenar a promovida – o que faço deste azo – ao pagamento de indenização pelos danos materiais causados à promovente, do importe de R$ 588,07 (quinhentos e oitenta e oito reais e sete centavos), assim como de uma outra, esta a título de danos morais, pelo evidente sofrimento experimentado pela autora com os danos estéticos que sofreu, em decorrência dos quais é perfeitamente compreensível ter sofrido abalo emocional considerável, do valor de R$ 10.000,00 (dez mil reais)" (*sic*)

A apelação: inconformada, a empresa manejou o presente recurso (fls.

42/62), aduzindo, preliminarmente, a nulidade da citação, bem como a ausência de intimação da decisão que decretou a revelia e a inaplicabilidade de seus efeitos. No mérito, asseverou que ocorreu na hipótese culpa exclusiva de terceiro, que não aplicou corretamente o produto na autora. Por fim, pugnou pela diminuição do valor indenizatório.

Contrarrazões às fls. 67/75, requerendo o total desprovimento do recurso, consequente manutenção da sentença vergastada.

É o relatório.

Revisão feita pelo Exmo. Senhor Desembargador Lincoln Tavares Dantas.

VOTO

1. Preliminares.

1.1 - Da regularidade da Citação.

A apelante alegou defeito na citação por tal ato ter sido efetivado perante pessoa que não possuía poderes para tanto.

Ao caso deve-se aplicar a "Teoria da Aparência", a qual ensina que basta que a pessoa que receba a comunicação processual aparente, de maneira razoável, ser representante da pessoa jurídica contra quem se demanda.

Compulsando o caderno processual, constata-se que o mandado de citação foi recebido por Gabriel Fernandes (fl. 29), funcionário da Empresa recorrente, como expressamente reconhecido nas razões recursais (fl. 44).

Em respeito à regra citada no parágrafo anterior, a citação de pessoa jurídica, realizada por oficial de justiça com a entrega do mandado a funcionário da instituição que não nega a qualidade de representante no momento do ato deve ser tida por perfeita. Os eventuais prejuízos daí decorrentes são de responsabilidade da própria empresa (culpa *in eligendo* e *in vigilando*).

Neste sentido, o entendimento jurisprudencial desta Corte de Justiça:

> "APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO ORDINÁRIA. CITAÇÃO VIA POSTAL. REVELIA DA EMPRESA RÉ. PRELIMINARES DE NULIDADE DA CITAÇÃO, CERCEAMENTO DE DEFESA E FALTA DE FUNDAMENTAÇÃO DA SENTENÇA. PRELIMINARES ORBITANTES EM UM SÓ OBJETIVO. AFASTADAS. APLICAÇÃO DA TEORIA DA APARÊNCIA. CITAÇÃO VÁLIDA. ENVIADA PARA O ENDEREÇO E RECEBIDA POR FUNCIONÁRIO DA REFERIDA EMPRESA. PRECEDENTES DESTA EGRÉGIA CORTE E STJ. RECURSO CONHECIDO E IMPROVIDO. SENTENÇA MANTIDA.
>
> 1. Percebe-se, no caso *sub oculli*, que a citação foi feita via postal, com Aviso de Recebimento (AR), devidamente endereçado a mesma, bem como recebida naquele endereço correto por funcionário também daquela empresa,

sem qualquer obscuridade. **2. Aplicabilidade da teoria da aparência e, por conseguinte, a validade da citação em questão. Portanto, as alegativas das preliminares sobre nulidade da citação, cerceamento de defesa e, por fim, falta de fundamentação da sentença ora vergastada, as quais orbitam com um mesmo objetivo, devem ser afastadas, haja vista os efeitos da revelia, observado pelo magistrado *a quo*, com observância aos ditames legais e necessariamente fundamentada, seguindo o que nos infere a legislação dominante, como também os precedentes deste Egrégio Tribunal de Justiça e do STJ.**
3. Nesse sentido, dada a aplicação da revelia, deixo de analisar o mérito, arguido em sede de exordial de forma incontroverso.
4. Recurso de Apelação conhecido e improvido. Sentença mantida." APC 4858-33.2003.8.06.0000/0, Rel. Des. FRANCISCO SUENON BASTOS MOTA, 5ª Câmara Cível, data de registro: 16/02/2011 (destacamos)

* * *

"PROCESSO CIVIL. **CITAÇÃO POSTAL. PESSOA JURÍDICA. CORRESPONDÊNCIA RECEBIDA POR EMPREGADO NO ENDEREÇO DA PROMOVIDA. TEORIA DA APARÊNCIA. REGULARIDADE DO ATO CITATÓRIO.** APELAÇÃO CONHECIDA, MAS NÃO PROVIDA.
1. O expediente citatório foi recebido no endereço da parte ré pelo Auxiliar de Protocolo da COELCE que apôs sua assinatura e o número do documento de identidade. A própria apelante confirma que a correspondência foi entregue no endereço de sua sede e recebida por seu empregado. Ademais o Aviso de Recebimento assinado continha destaque à origem judicial do documento. Mencionada circunstância confirma a regular efetivação do ato citatório, por pessoa que se apresentava como habilitada ao recebimento das correspondências oriundas do Poder Judiciário, aplicando-se, destarte, a denominada teoria da aparência, segundo uniforme jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça.
2. "Segundo a Teoria da Aparência, é válida a citação realizada perante pessoa que se identifica como funcionário da empresa, sem ressalvas, não sendo necessário que receba a citação o seu representante legal. [...]"ao se considerar a estrutura e organização de uma pessoa jurídica, é de se concluir que todos os atos ali praticados devam chegar ao conhecimento de seus diretores ou gerentes, não apenas por via de seus gerentes ou administradores, mas também por intermédio de seus empregados, o que se observa na presente hipótese (AG 692.345, Rel. Min. Nancy Andrighi, DJ 06.10.05)." (STJ, Quarta Turma, AgRg no REsp 869.500/SP, Rel. Ministro Hélio Quaglia Barbosa, julgado em 13.02.2007, DJ 12.03.2007.)
3. "[...] a jurisprudência do STJ já está pacificada no sentido de que a citação postal é válida se recebida por qualquer funcionário da pessoa jurídica, não se exigindo que este tenha poderes para representá-la [...]. Nada mais lógico, pois é sabido que ordinariamente o carteiro não é recebido pelos representantes legais das empresas. E esse funcionário não tem os mesmos poderes que o oficial de justiça para efetivar a citação." (DINAMARCO, Pedro da Silva. In: MARCATO, Antônio Carlos. Código de processo civil interpretado. São Paulo: Atlas, 2004, p. 607.)

> 4. Não prospera a insatisfação da apelante, porquanto o ato citatório encontra-se plenamente válido e regular, apto à produção de todos os efeitos processuais pertinentes.
> 5. Nega-se provimento ao recurso, para, consagrando a teoria da aparência que orienta a citação das pessoas jurídicas, reconhecer a regularidade do ato citatório e a incidência dos correspondentes efeitos processuais." (APC 4105-47.2001.8.06.0000/0, Rel. Des. CELSO ALBUQUERQUE MACEDO, 3ª Câmara Cível, data do julgamento: 28/09/2009, data de registro: 13/10/2009) (destacamos).

Não é outro o entendimento adotado pelo Superior Tribunal de Justiça. Confira-se:

> "PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO DE INSTRUMENTO. PESSOA JURÍDICA. CITAÇÃO. TEORIA DA APARÊNCIA.
> **1. Aplica-se a teoria da aparência para reconhecer a validade da citação via postal com AR, efetivada no endereço da pessoa jurídica e recebida por pessoa que, ainda que sem poder expresso para tanto, a assina sem fazer qualquer objeção imediata.**
> 2. Agravo regimental a que se nega provimento." (AgRg nos EDcl no Ag 958.237/RS, Rel. Ministro HONILDO AMARAL DE MELLO CASTRO (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/AP), QUARTA TURMA, julgado em 15/12/2009, DJe 02/02/2010) (destacamos)
>
> * * *
>
> "DIREITO PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR UTILIZAÇÃO INDEVIDA DE IMAGEM EM SÍTIO ELETRÔNICO. PRESTAÇÃO DE SERVIÇO PARA EMPRESA ESPANHOLA. CONTRATO COM CLÁUSULA DE ELEIÇÃO DE FORO NO EXTERIOR.
> (...)
> **6. Aplica-se a teoria da aparência para reconhecer a validade de citação via postal com "aviso de recebimento-AR", efetivada no endereço do estabelecimento e recebida por pessoa que, ainda que sem poderes expressos, assina o documento sem fazer qualquer objeção imediata. Precedentes.** (...)" (REsp 1168547/RJ, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 11/05/2010, DJe 07/02/2011) (destacamos)

Ademais, o ato de citação cumpriu sua finalidade, tendo em vista que a parte demandada veio aos autos, afastando qualquer tipo de vício existente no procedimento.

Deste modo, deve ser afastada a preliminar de irregularidade da citação.

1.2 - Da ausência de nulidade da intimação da decisão que decretou a revelia.

Novamente em sede de preliminar, a parte recorrente sustentou vício no rito adotado pela douta magistrada de primeiro grau, por não ter procedido à efetiva intimação de sua advogada em relação à decisão que decretou a revelia.

Como se constata da leitura do despacho de fl. 37, o Juízo *a quo* determinou a intimação por via postal, remetida ao endereço profissional da causídica, constante no instrumento procuratório de fl. 32. Em seguida, vê-se que a correspondência foi devolvida pelo serviço dos correios por motivo de mudança de endereço da Dra. Daniela Martins, sem que referida alteração tenha sido comunicada nos autos (fl. 39v).

Deste modo, prevendo o Art. 39, II do Código de Processo Civil que é dever do advogado comunicar ao escrivão do processo qualquer mudança de endereço, em não se desincumbindo deste ônus, é de se presumir válida e perfeita a intimação realizada no endereço anteriormente informado.

Neste sentido, já decidiu o Superior Tribunal de Justiça. Confira-se:

> "PROCESSUAL CIVIL. INTIMAÇÃO EFETUADA NO ENDEREÇO INDICADO PELO ADVOGADO. ÔNUS DA PARTE. CPC, ART. 39, II.
> **1. Válida é a intimação no endereço indicado pelo advogado, de conformidade com o art. 39, I, do CPC, se o causídico mudou o local de trabalho sem atender ao disposto no inciso II, do mesmo dispositivo, que lhe impunha, obrigatoriamente, informar tal alteração ao escrivão do processo.**
> 2. Recurso especial não conhecido." (REsp 323.409/ES, Rel. Ministro ALDIR PASSARINHO JUNIOR, QUARTA TURMA, julgado em 06/08/2002, DJ 16/09/2002, p. 191) (Grifo nosso).

Preliminar rechaçada.

1.3. Dos efeitos da revelia.

Cumpre esclarecer que a aplicação dos efeitos da revelia no caso em análise se confunde com o próprio mérito da demanda, uma vez que pretende valorar as provas contidas nos autos, razão pela qual será observada juntamente com o *meritum causae*.

2. Do mérito.

Como explicitado no relatório, tratam os autos de ação ordinária visando a indenização por danos morais e materiais, decorrentes de vício em produto estético fabricado pela demandada, ora recorrente.

Narrou a autora que, quando da aplicação do produto de nome comercial Guardinin Relax-Hidroxo de Cálcio, este causou queimaduras em sua pele, resultando em grande perturbação de ordem moral e necessidade de tratamento das lesões, no que se configuraria o dano material.

Como sabido, o Código de Defesa do Consumidor prevê responsabilidade múltipla e independente de culpa quando constatado defeito no produto em circulação, sendo assim considerado quando, por exemplo, não oferece segurança adequada.

> "Art. 12. O fabricante, o produtor, o construtor, nacional ou estrangeiro, e o importador respondem, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos decorrentes de projeto, fabricação, construção, montagem, fórmulas, manipulação, apresentação ou acondicionamento de seus produtos, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua utilização e riscos.
> § 1° O produto é defeituoso quando não oferece a segurança que dele legitimamente se espera, levando-se em consideração as circunstâncias relevantes, entre as quais"

No sentido de reconhecer a responsabilidade objetiva de fabricante por defeito em produto que casou dano estético, outros Tribunais da Federação assim já decidiram:

> "CONSUMIDOR. INDENIZATÓRIA. LESÃO (QUEIMADURA) PROVOCADA POR TRATAMENTO DE DRENAGEM LINFÁTICA. DANO MORAL PURO. VALOR DA INDENIZAÇÃO.
> **I. Prova fotográfica, testemunhal e documental que evidencia claramente o nexo de causalidade entre o dano (queimadura na coxa esquerda) e o serviço prestado (drenagem linfática com bandagens) pela estética, cuja responsabilidade é objetiva. Complexidade inexistente.**
> II. Dano moral decorrente da violação à integridade física que é puro, ou seja, de ocorrência presumida e comprovação dispensada. III. Indenização fixada em R$ 5.000,00 que se mostra excessiva, tanto diante da magnitude da lesão, quanto em face das condições econômicas dos envolvidos, merecendo ser reduzida para R$ 3.000,00. Recurso parcialmente provido. Unânime." (TJRS – Recurso Cível Nº 71001798727, Primeira Turma Recursal Cível, Turmas Recursais, Relator: João Pedro Cavalli Junior, Julgado em 18/12/2008) (Grifo nosso).
>
> * * *
>
> "CIVIL E PROCESSO CIVIL. APELAÇÃO. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. RELAÇÃO DE CONSUMO. PRODUTO DE DEPILAÇÃO QUE CAUSOU QUEIMADURAS NO ROSTO DA CONSUMIDORA. ACIDENTE DE CONSUMO. RESPONSABILIDADE OBJETIVA DO FABRICANTE. **Nos termos da legislação consumerista, o fabricante responde objetivamente pelos danos morais gerados em decorrência do acidente de consumo, caracterizado por queimaduras no rosto da consumidora causado por produto de depilação facial.** A situação constrangedora experimentada pela consumidora, que permaneceu com lesões no rosto durante quatro semanas e meia, sendo alvo de chacotas, configura danos morais a ser reparado segundo estabelece o art. 12 do Código de Defesa do Consumidor (Lei 8.078/90)." (TJDFT -

> 20061010025637APC, Relator NATANAEL CAETANO, 1ª Turma Cível, julgado em 05/09/2007, DJ 25/09/2007 p. 57). (Grifo nosso).

Mais adiante, o §3º do Art. 12 do mesmo diploma legal preceitua que o fabricante somente se eximirá de sua responsabilidade em três hipóteses: quando não colocou o produto no mercado; quando embora haja colocado o produto no mercado, o defeito inexiste; e, por último, quando a culpa for exclusiva do consumidor ou de terceiro.

Ora, no caso dos autos, tendo sido a requerida considerada como revel, sem produzir nenhuma prova a seu favor, não se desincumbiu do ônus imposto pela lei consumerista de demonstrar sua ausência de responsabilidade civil.

No que tange à aplicação dos efeitos da revelia, entendo que as provas carreadas pela autora são por demais convincentes e revelam o nexo causal entre o uso do produto e as queimaduras então existentes na pele da demandante, através das fotos de fls. 12/21, bem como de declaração médica de fl. 10 que assim versa:

> "Declaro para fins de comprovação que a Sra. Francisca de Assis Barbosa foi atendida nesta emergência devido ter feito uso de produto à base de hidróxo de cálcio no couro cabeludo ontem à tarde e passou a evoluir com lesão ulcerada tipo queimadura na região occipital"

Não se pode negar que o uso de produto químico de fins estéticos que acabe por causar queimaduras no consumidor, molestando seu estado de saúde e causando deformidades em sua pele, gera o dever de indenizar moralmente aquele que foi lesado, ultrapassando qualquer esfera de mero dissabor.

2.1 – Do dano material.

De igual sorte, deve ser concedida a indenização por danos materiais, em virtude da consulta médica a profissional especializado, bem como do tratamento ao qual a autora teve de se submeter, comprovado através de recibos e notas fiscais de fls. 22/24, na soma de R$ 588,07 (quinhentos e oitenta e oito reais e sete centavos).

2.2 – Do dano moral.

A dificuldade na mensuração da extensão do *quantum debeatur*, em casos de danos morais, é de complexa aferição. Em verdade, é impossível tarifar em dinheiro o sentimento íntimo de dor de uma pessoa, mas a compensação monetária se presta a suavizar, nos limites das forças humanas, os males injustamente produzidos.

Convém recordar, entretanto, que a fixação do *quantum* pertinente à condenação civil deve observar a orientação que a jurisprudência dos Tribunais tem consagrado no exame do tema, notadamente no ponto em que o magistério

jurisprudencial, pondo em destaque a dupla função inerente à indenização civil por danos morais, enfatiza, quanto a tal aspecto, a necessária correlação entre o caráter punitivo da obrigação de indenizar, de um lado, e a natureza compensatória referente ao dever de proceder à reparação patrimonial, de outro.

Definitiva, sob tal aspecto, a lição de CAIO MÁRIO DA SILVA PEREIRA ("Responsabilidade Civil", p. 55 e 60, itens ns. 45 e 49, 8ª ed., 1996, Forense), cujo magistério assim discorre sobre o tema:

> "Quando se cuida do dano moral, o fulcro do conceito ressarcitório acha-se deslocado para a convergência de duas forças: 'caráter punitivo' para que o causador do dano, pelo fato da condenação, se veja castigado pela ofensa que praticou; e o 'caráter compensatório' para a vítima, que receberá uma soma que lhe proporcione prazeres como contrapartida do mal sofrido.
> (...)
> O problema de sua reparação deve ser posto em termos de que a reparação do dano moral, a par do caráter punitivo imposto ao agente, tem de assumir sentido compensatório. (...). Somente assumindo uma concepção desta ordem é que se compreenderá que o direito positivo estabelece o princípio da reparação do dano moral. A isso é de se acrescer que na reparação do dano moral insere-se uma atitude de solidariedade à vítima (Aguiar Dias).
> A vítima de uma lesão a algum daqueles direitos sem cunho patrimonial efetivo, mas ofendida em um bem jurídico que em certos casos pode ser mesmo mais valioso do que os integrantes de seu patrimônio, deve receber uma soma que lhe compense a dor ou o sofrimento, a ser arbitrada pelo juiz, atendendo às circunstâncias de cada caso, e tendo em vista as posses do ofensor e a situação pessoal do ofendido. Nem tão grande que se converta em fonte de enriquecimento, nem tão pequena que se torne inexpressiva. Mas é certo que a situação econômica do ofensor é um dos elementos da quantificação, não pode ser levada ela ao extremo de se defender que as suas más condições o eximam do dever ressarcitório". (grifei)

Ainda sobre o tema, qual seja, de que o valor fixado não deve ser tão expressivo, sob pena de representar enriquecimento sem causa, nem tão diminuto, a ponto de se tornar irrisório, transcrevo julgados da Superior Corte de Justiça:

> "O valor de uma indenização por dano moral deve ser estipulado levando-se em conta as condições pessoais dos envolvidos, para se evitar que a quantia a ser paga pareça mais um 'prêmio' ao ofendido, indo muito além da recompensa ao desconforto, por desproporcional ao padrão econômico da vítima" (STJ – 4ª Turma, Rel. Min. César Asfor Rocha – J. 22/01/2001) (grifei)
>
> * * *
>
> "O arbitramento da condenação a título de dano moral deve operar-se com moderação, proporcionalmente ao grau de culpa, ao porte empresarial das partes, suas atividades comerciais, e, ainda, ao valor do

> negócio, orientando-se o juiz pelos critérios sugeridos pela doutrina e pela jurisprudência, com razoabilidade, valendo-se de sua experiência e do bom senso, atento à realidade da vida, notadamente à situação econômica atual, e às peculiaridades de cada caso". (STJ – Resp. nº 173.366 – SP – 4ª T. Rel. Min. Sávio Figueiredo Teixeira – DJU 3/5/1999).

Isso posto, percebo que, na sentença atacada, o juízo fixou a indenização em patamar que não exorbita a justa medida para a hipótese. Portanto, a manutenção da sentença de primeiro grau é medida que se impõe.

DISPOSITIVO

Por tais razões, em face firme posicionamento jurisprudencial a respeito da matéria, conheço da apelação interposta, mas para negar-lhe provimento, mantendo inalterada a sentença vergastada.

É como voto.

Fortaleza, 17 de agosto de 2011.

Apelação Cível nº 86190-14.2006.8.06.0001/1
Apelantes: 1. Kátia Machado da Silveira Furtado
2. Estado do Ceará
Apelados: 1. Estado do Ceará
2. Kátia Machado da Silveira Furtado
Relator: Desembargador Ademar Mendes Bezerra

EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL – CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO – MÉDICO DO ESTADO DO CEARÁ – PRETENSÃO DE ISONOMIA – APLICAÇÃO DO DECRETO ESTADUAL Nº 16.732/1984 QUE FIXOU O VENCIMENTO BÁSICO DE SERVIDORES PÚBLICOS ESTADUAIS EM MÚLTIPLOS DE SALÁRIO MÍNIMO – NORMA INFRALEGAL QUE NÃO FOI RECEPCIONADA PELA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988 - COTEJO DA REMUNERAÇÃO DE ATIVIDADE – IMPOSSIBILIDADE DE VERIFICAÇÃO ANALÍTICA DO *DISCRÍMEN* – APLICAÇÃO DA SÚMULA Nº 339 E DA SÚMULA VINCULANTE Nº 4, AMBAS DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. IMPROCEDÊNCIA DOS PEDIDOS. AUSÊNCIA DE CONDENAÇÃO AO PAGAMENTO DOS HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS SUCUMBENCIAIS. REFORMA DA SENTENÇA NESTE PARTICULAR.

I – Por força do art. 219, §5º, do Código Processual Civil, reconhece-se prejudicial de mérito atinente à prescrição, para aplicar a Súmula nº 85 do Superior Tribunal de Justiça quando o pedido envolver relação jurídica de trato sucessivo, atingindo apenas as prestações vencidas antes do quinquênio anterior à propositura da ação.

II - Em sede de concessão de vencimentos ou de proventos a servidores públicos, não se pode aplicar o princípio da isonomia com paradigmas que estejam em situação jurídica diversa, consoante preveem a Súmula nº 339 e o art. 472 do Código de Processo Civil. A Súmula Vinculante nº 4 do Supremo Tribunal Federal proíbe a utilização do salário mínimo como indexador de base de cálculo de vantagem de servidor público, salvo nas hipóteses excepcionadas pela Constituição Federal, tal como efetivado em benefício dos paradigmas.

III – O artigo 37, inciso XIII, da Constituição Federal impede a vinculação ou equiparação de quaisquer espécies remuneratórias para o efeito de remuneração de pessoal do serviço público.

IV – A hipótese dos autos revela a existência de gradiente considerável entre o vencimento-base percebido pela autora e pela paradigma, todavia, não se pode simplesmente revisionar o padrão remuneratório tomando-se como base a semelhante trazida a cotejo.
V – A improcedência dos pedidos formulados na peça de intróito ocasiona a necessidade da condenação ao pagamento dos honorários advocatícios sucumbenciais, arbitrando-os de forma equitativa e de acordo com o zelo profissional do réu, na forma dos §§ 3º e 4º do art. 20 do CPC, em um mil reais, seguindo a diretriz jurisprudencial deste órgão judiciário em situações análogas.
Apelações conhecidas: desprovidas a manejada pela autora e provida, em parte, a interposta pelo Estado do Ceará.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de apelação cível nº 86190-14.2006.8.06.0001/1, em que figuram as partes acima indicadas, acordam os Desembargadores integrantes da Segunda Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, à unanimidade, conhecer dos recursos em referência para desprover o interposto pela autora e prover, em parte, o manejado pelo Estado do Ceará, na conformidade do voto do relator.

Fortaleza, 12 de janeiro de 2011.

RELATÓRIO

Kátia Machado da Silveira Furtado ajuizou ação ordinária contra o Estado do Ceará objetivando a correção do seu vencimento-base para alcançar o padrão vencimental atribuído às paradigmas beneficiadas com decisão proferida pela Justiça do Trabalho, sustentando que são servidoras públicas, ocupantes dos cargos de farmacêuticas, possuem obrigações iguais e tempos de serviço idênticos, não se justificando o discrímen entre suas remunerações.

Afirma que é devida a isonomia de vencimentos, de acordo com o cargo exercido, de forma a conferir efetividade ao artigo 5º, *caput,* da Carta Magna em combinação com os artigos 7º, XXX, e 39, §3º, do diploma constitucional, vinculando-o a 8,75 salários mínimos mensais.

Postula a procedência dos pedidos para o fim de retificar o seu vencimento-base. Anexou os documentos de fls. 18 a 47.

Contestação do Estado do Ceará às fls. 53 a 64. Defende que os paradigmas apontados pela autora é beneficiada por decisão judicial, não se podendo estender os

efeitos da coisa julgada em processo diverso às promoventes, como prevê o art. 472 do CPC. Argui que não é lícita a vinculação ao salário mínimo para fins de fixação do vencimento-base de servidores públicos, havendo, ainda, diversidade de regimes jurídicos entre as demandantes e a paradigma.

Réplica às fls. 66/75.

Manifestação do Ministério Público às fls. 79/84.

Sentença proferida às fls. 86 a 93 julgando improcedentes os pedidos formulados na petição inicial.

Inconformada, a autora interpôs apelação cível (fls. 96/122) requestando a reforma da sentença de primeiro grau, porquanto restaram demonstradas as violações aos arts. 5º, *caput,* 7º, XXX, e 39, §3º, da Constituição Federal. Entendem que não é aplicável a Súmula nº 339 do STF.

O Estado do Ceará aviou recurso apelatório (fls. 125/129) pugnando pela condenação da autora ao pagamento de honorários advocatícios sucumbenciais na forma do §4º do art. 20 do CPC, fixando o valor de um mil e quinhentos reais.

Contra-apelo da promovente às fls. 132/134.

Ascendidos os autos à instância *ad quem*, foram com vistas à Procuradoria-Geral de Justiça, cuja promoção (fls. 145/153) opina pela confirmação da sentença *a quo.*

Conclusos os fólios, verifiquei que o Estado do Ceará não havia sido intimado para apresentar contarrazões ao apelo da autora, motivo pelo qual adotei providências para sanar a irregularidade processual (fl. 155).

Publicado o despacho, o réu nada apresentou (fls. 156/157).

É o relato.

Recursos cabíveis e tempestivos. Atendidos os requisitos intrínsecos e extrínsecos de admissibilidade.

A arguição prescricional merece enquadramento na forma da Súmula nº 85 do Superior Tribunal de Justiça, que assim dispõe:

> Nas relações jurídicas de trato sucessivo em que a Fazenda Pública figure como devedora, quando não tiver sido negado o próprio direito reclamado, a prescrição atinge apenas as prestações vencidas antes do quinquênio anterior à propositura da ação. (CORTE ESPECIAL, DJ 02/07/1993 p. 13283)

Não se acolhe a suscitação de incidência de prescrição do fundo do direito, reconhecendo-se, outrossim, a prescrição constante na Súmula nº 85/STJ, fulminando, apenas, as prestações vencidas no quinquênio anterior à propositura da ação.

A questão em julgamento envolve postulação atinente ao direito de servidor público do Estado do Ceará em receber reajuste de vencimentos, tendo por fundamento o princípio constitucional da isonomia e a existência de decisão judicial paradigmática determinando a equiparação salarial na forma e nos valores contidos no Decreto estadual

nº 16.732/1984, fixando, desta forma, o piso salarial das categorias profissionais a que pertencem os autores, reajustando as suas folhas de pagamento nos mesmos valores e quantitativos numéricos dos paradigmas apresentados a cotejo, guardando, ainda, equivalência com 8,75 salários mínimos mensais.

O princípio da isonomia está insculpido no art. 5º, *caput*, da CRFB, *in litteris*:

> Art. 5º. Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito a vida, a liberdade, a igualdade, a segurança e a propriedade, nos termos seguintes:

Segundo escólio da lavra de Hely Lopes Meirelles (*in*: Direito Administrativo Brasileiro, 32ª edição, Malheiros Editores, 2006, pgs. 482/483):

> O que a Constituição assegura é a igualdade jurídica, ou seja, tratamento igual, aos especificamente iguais perante a lei. A igualdade genérica dos servidores públicos não os equipara em direitos e deveres e, por isso mesmo, não os iguala em vencimentos e vantagens. Genericamente, todos os servidores são iguais, mas pode haver diferenças específicas de função, de tempo de serviço, de condições de trabalho, de habilitação profissional e outras mais, que desigualem os genericamente iguais. Se assim não fosse, ficaria a Administração obrigada a dar os mesmos vencimentos e vantagens aos portadores de iguais títulos de habilitação, aos desempenham o mesmo ofício, aos que realizam o mesmo serviço embora em cargos diferentes ou em circunstâncias diversas. Todavia, não é assim, porque cada servidor ou classe de servidor pode exercer as mesmas funções (v.g., de médico, engenheiro, escriturário, porteiro etc.) em condições funcionais ou pessoais distintas, fazendo jus a retribuições diferentes, sem ofensa ao princípio isonômico. Até mesmo a organização da carreira, com escalonamento de classes para acesso sucessivo, com gradação crescente dos vencimentos, importa diferençar os servidores sem os desigualar perante a lei. É uma contingência da hierarquia e da seleção de valores humanos na escala dos servidores públicos.
> O que o princípio da isonomia impõe é tratamento igual aos realmente iguais. A igualdade nominal não se confunde com a igualdade real. Cargos de igual denominação podem ser funcionalmente desiguais, em razão das condições de trabalho de um e de outro; funções equivalentes podem diversificar-se pela qualidade ou intensidade do serviço, ou, ainda pela habilitação profissional dos que as realizam. A situação de fato e que dirá da identidade ou não entre cargos e funções nominalmente iguais.

Nos termos do entendimento acima explanado, conclui-se que o princípio da igualdade, direito fundamental presente no art. 5º, *caput*, da CF/1988, é a expressão da igualdade formal, segundo a qual a lei deve tratar todos de forma igual e genérica, salientando-se, contudo, que o mencionado tratamento deve se dar na medida das desigualdades naturais de cada um.

In casu, ao contrário, não há que se falar em aplicação do princípio isonômico para justificar a extensão às recorrentes ao pagamento de parcela vencimental conquistada por força de decisão judicial, nos termos do art. 472 do CPC, ao proclamar que "*a sentença faz coisa julgada às partes entre as quais é dada, não beneficiando, nem prejudicando terceiros*", não havendo igualdade fática e jurídica com os servidores apresentados como modelos, impedindo-se, ainda, a adoção do salário-mínimo como fator indexador de vencimentos do servidor público.

Não há prova nos autos de que os paradigmas exerciam o mesmo trabalho, com a mesma carga horária, idêntico tempo de serviço e outras peculiaridades próprias do exercício dos mencionados cargo públicos.

Há, pois, a vedação constitucional presente no art. 7º, IV, da CF/1988, na Súmula nº 339 e na Súmula Vinculante nº 4 do STF:

> Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social:
>
> IV – salário mínimo, fixado em lei, nacionalmente unificado, capaz de atender às necessidades vitais básicas e às de sua família com moradia, alimentação, educação, saúde, lazer, vestuário, higiene, transporte e previdência social, com reajustes periódicos que lhe preservem o poder aquisitivo, sendo vedada sua vinculação para qualquer fim.
>
> Súmula Vinculante 4.
> Salvo nos casos previstos na Constituição, o salário mínimo não pode ser usado como indexador de base de cálculo de vantagem de servidor público ou de empregado, nem ser substituído por decisão judicial.
>
> Súmula nº 339.
> Não cabe ao Poder Judiciário, que não tem função legislativa, aumentar vencimentos de servidores públicos sob fundamento de isonomia.

Entendo, ainda, que o Decreto estadual nº 16.732/1984 não foi recepcionado pela CF/1988, especialmente na parte em que vincula o piso salarial dos servidores públicos a múltiplos de salários mínimos.

No mesmo sentido o inciso XIII do art. 37 da Constituição Federal, que veda a vinculação ou equiparação de quaisquer espécies remuneratórias para o efeito de remuneração do pessoal do serviço público, vedando-se a .

A diretriz do Supremo Tribunal Federal é no seguinte sentido, *litteris*:

> EMENTA: AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. DIREITO ADMINISTRATIVO. EQUIPARAÇÃO DE VENCIMENTOS. EXTENSÃO A OUTROS SERVIDORES PÚBLICOS. SÚMULA 339 DO STF.
> 1. A jurisprudência do STF fixou entendimento no sentido de que "não cabe ao Poder Judiciário, que não tem função legislativa aumentar vencimentos

> de servidores públicos, sob fundamento de isonomia". Incidência do óbice da Súmula 339 do STF. Precedentes.
> 2. Agravo regimental a que se nega provimento. (**Relator Min. EROS GRAU, Segunda Turma, pub.** DJe-106 **RE-AgR 431433/CE,** DIVULG 20-09-2007 PUBLIC 21-09-2007, DJU, DJ 21-09-2007 PP-00039)
>
> EMENTA: Agravo regimental em recurso extraordinário. 2. Servidor público ativo. Lei nº 7.854, de 2004. Plano de Carreiras e Vencimentos dos servidores efetivos do Poder Judiciário. Equiparação de vencimentos com servidor público apontado como paradigma. Princípio da isonomia. Impossibilidade. Precedente.
> 3. Agravo regimental a que se nega provimento. (**RE-AgR 555362/ES, Rel. Min. GILMAR MENDES, 2ª Turma,** DJe-070 DIVULG 17/04/2008 PUBLIC 18/04/2008, EMENT VOL-2315-07 PP-1527)
>
> EMENTA: AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. VENCIMENTOS. ISONOMIA. INOCORRÊNCIA. SÚMULA 339-STF.
> 1. A isonomia somente pode ser pleiteada quando os servidores públicos apontados como paradigmas encontrarem-se em situação igual à daqueles que pretendem a equiparação.
> 2. "Não cabe ao Poder Judiciário, que não tem função legislativa, aumentar vencimentos de servidores públicos sob fundamento de isonomia" [Súmula 339-STF]. Agravo regimental a que se nega provimento. (**AI-AgR 579338/CE, Relator Min. EROS GRAU, 2ª Turma,** DJ 04-08-2006 PP-00062, EMENT VOL-02240-15 PP-02912)
>
> PROFESSORES DO ESTADO DO PARANÁ. PISO SALARIAL DE TRÊS □SALÁRIOS MÍNIMOS.
> - Falta de prequestionamento das questões relativas aos incisos XXXV e LV do artigo 5º da Constituição. - A □vinculação desse piso salarial a múltiplo de salários □mínimos ofende o disposto no artigo 7º, IV, da Constituição Federal. Precedentes do S.T.F. - Inexistência de ofensa por parte do acórdão recorrido aos artigos 39, § 2º, 7º, V e VI, e 206, V, da Constituição Federal. Recurso extraordinário conhecido pela letra "c" do inciso III do artigo 102, da Constituição, mas não provido." (STF, RE 273.205/PA, Rel. Min. Moreira Alves, 1ª Turma, DJ de 19.04.2002, p. 62)

Não discrepa do entendimento acima a jurisprudência recente do colendo Superior Tribunal de Justiça, *expressis verbis*:

> ADMINISTRATIVO. SERVIDOR PÚBLICO ESTADUAL. TÉCNICO DE NÍVEL SUPERIOR. VENCIMENTO-BÁSICO. FIXAÇÃO. SALÁRIOS-MÍNIMOS. IMPOSSIBILIDADE.
> Consoante entendimento sedimentado no Pretório Excelso, a norma inscrita no art. 7º, inciso IV, da Carta Magna, veda a fixação do vencimento-básico dos servidores públicos em número de salários-mínimos. Recurso desprovido. (RMS 17299/GO, Rel. Min. Felix Fischer, 5ª Turma, DJ 07.06.2004 p. 245)

> ADMINISTRATIVO - RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA - SERVIDORAS PÚBLICAS ESTADUAIS INATIVAS - PISO SALARIAL - VALOR VINCULADO AO SALÁRIO-MÍNIMO - IMPOSSIBILIDADE - VIOLAÇÃO AO ART. 7º, IV, DA CF/88 - AUSÊNCIA DE DIREITO LÍQUIDO E CERTO.
> 1 - Falece direito às recorrentes, aposentadas no cargo de Técnico de Nível Superior da Secretaria da Cidadania e Trabalho do Estado de Goiás, de perceberem oito salários-mínimos e meio, a título de piso salarial, nos termos da Lei nº 10.054, de 05.06.86, que alterou a Lei nº 6.725/67, antes modificada pela Lei nº 9.964, de 10.01.86. Isto porque, conforme reiterada jurisprudência, tal vinculação viola a parte final do inciso IV do art. 7º da Constituição Federal. Ausência de liquidez e certeza a amparar a pretensão.
> 2 - Precedentes (STF, Ag.Reg. no RE nºs 255.442/PR e 292.659/PR; RE nº 273.205/PR; STJ, ROMS nº 9.930/PR).
> 3 - Recurso conhecido, porém, desprovido. (RMS 16289/GO, Rel. Min. Jorge Scartezzini, 5ª Turma, DJ 08.03.2004 p. 282)

A jurisprudência do eg. Tribunal de Justiça do Estado do Ceará possui o seguinte norte, vejamos:

> EMENTA: AGRAVO DE INSTRUMENTO - CONSTITUCIONAL - PRINCÍPIO DA ISONOMIA - SERVIDOR PÚBLICO - PARADIGMAS APONTADOS EM SITUAÇÃO DIVERSA - REAJUSTE VENCIMENTAL - VINCULAÇÃO AO SALÁRIO MÍNIMO - IMPOSSIBILIDADE - RECURSO CONHECIDO E PROVIDO.
> I - Os servidores apontados como paradigma encontram-se amparados por decisão judicial, o que os diferencia do agravado, visto que o art. 472 do CPC proclama que "a sentença faz coisa julgada às partes entre as quais é dada, não beneficiando, nem prejudicando terceiros", não havendo que se falar, portanto, em igualdade de situação entre os agravados e o paradigma.
> II - Nos termos da Súmula nº 339 do STF, "não cabe ao Poder Judiciário, que não tem função legislativa, aumentar vencimentos de servidores públicos, sob fundamento de isonomia".
> III - O argumento de que o piso salarial da função exercida seria de 02 (dois) salários mínimos também não tem como prosperar, considerando que a Constituição Federal veda expressamente a vinculação dos vencimentos dos servidores públicos ao salário mínimo, conforme art. 7º, inc. IV. Precedentes do STF e STJ.
> IV - Agravo de instrumento conhecido e provido. (Agravo de Instrumento 2006.0024.0373-0/0, rel. Desª. Gizela Nunes da Costa, 2ª Câmara Cível, julgado em 04/06/2008)

> EMENTA: CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. EXTENSÃO DE PISO SALARIAL ESTABELECIDO PELO DECRETO MUNICIPAL Nº 7.153/85 A MÉDICOS DO IJF A TÍTULO DE ISONOMIA EM RELAÇÃO A SERVIDORES CONTEMPLADOS POR DECISÃO FAVORÁVEL DA JUSTIÇA TRABALHISTA. IMPOSSIBILIDADE. OFENSA AOS ARTS. 7º, IV DA CF, 472 do CPC E À SÚMULA 339 DO STF.
> I - O Decreto Municipal nº 7.153/85, que fixou piso salarial com base em

múltiplos do salário mínimo a algumas categorias de servidores guarda, neste aspecto, incompatibilidade material com a Carta Republicana de 1988, que não o recepcionou, proibindo em seu art. 7º, IV, qualquer vinculação do salário mínimo.
II - Afigura-se descabida a extensão de piso salarial aos apelados com base em isonomia com servidores albergados por sentença trabalhista transitada em julgado, uma vez que, nos moldes do art. 472 do CPC, esta somente faz coisa julgada às partes do processo, não beneficiando nem prejudicando terceiros.
III - Outrossim, a pretendida equiparação salarial encontra óbice intransponível na Súmula nº 339 do Supremo Tribunal Federal, que veda ao Poder Judiciário, que não tem função legislativa, aumentar vencimentos de servidores públicos sob fundamento de isonomia. APELAÇÃO E REMESSA NECESSÁRIA CONHECIDAS E PROVIDAS. (Apelação Cível nº 2000.0132.1812-4/1, relator Des. Francisco de Assis Filgueira Mendes, 2ª Câmara Cível, julgado em 25/07/2007)

CONSTITUCIONAL. PISO SALARIAL. SALÁRIO MÍNIMO. MÚLTIPLOS. VINCULAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. NÃO RECEPÇÃO. A parte final do art. 7º, IV, da Constituição Federal aplicável aos servidores públicos por expressa disposição do § 3º do artigo 39 da mesma Carta Política, veda a vinculação do salário mínimo para qualquer fim. O Supremo Tribunal Federal já assentou que "a fixação do piso salarial de servidor público em múltiplos de salário mínimo ofende o disposto no art. 7º, IV, da Constituição Federal"(AGRRE 255442/PR). Não recepção, pela Carta de 1988, do Decreto Municipal nº 7.153/85. Impossibilidade de interpretação isonômica frente ao disposto na Súmula 339 do STF e à flagrante inconstitucionalidade da vinculação ao salário mínimo pleiteada. Recurso provido. (Apelações Cíveis 2004.0002.0798-9/0 e 2004.0002.0800-4/0, rel. Des. José Arísio Lopes da Costa, 1ª Câmara Cível, DJCE 14.03.2007)

APELAÇÃO CÍVEL. ADMINISTRATIVO. CONSTITUCIONAL. REVISÃO DE REMUNERAÇÃO DE SERVIDORES A PRETEXTO DE EXTENSÃO DE DIREITO A PISO SALARIAL, NA BASE DE 7 (SETE) SALÁRIOS- MÍNIMOS, CONCEDIDO PELO DECRETO MUNICIPAL N. 7.153/85, A MÉDICOS DO INSTITUTO DR. JOSÉ FROTA (IJF), EM FACE DE DECISÃO TRABALHISTA TRANSITADA EM JULGADO, ONDE SE CONCEDEU EQUIPARAÇÃO AOS RECLAMANTES, ORA APONTADOS COMO PARADIGMAS. IMPOSSIBILIDADE.
1. Decisão transitada em julgado, proferida em sede de Reclamação Trabalhista tem eficácia restrita às partes envolvidas na demanda (eficácia *intra pars*), não servindo de paradigma para o presente caso.
2. O citado Decreto Municipal, ao estabelecer padrão vencimental indexado a múltiplos de salários-mínimos, viola o art. 7º, IV, CF/88.
3. Inexistência de violação ao princípio da isonomia, haja vista ser vedado ao Poder Judiciário, que não tem função legislativa, aumentar vencimentos sem previsão legal. Precedentes do Supremo Tribunal Federal. Súmula 339.
4. Sentença reformada. Recurso provido. Reexame necessário efetivado. (Apelação Cível 2004.0011.4513-8/0, relatora Desª. Edite Bringel Olinda Alencar, 3ª Câmara Cível, julgado em 07/05/2007)

EMENTA: CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. REEXAME NECESSÁRIO. AÇÃO ORDINÁRIA. SERVIDORAS PÚBLICAS MUNICIPAIS. DECRETO MUNICIPAL Nº 7.153/85. ISONOMIA DE VENCIMENTOS COM SERVIDORES BENEFICIADOS POR FORÇA DE DECISÃO JUDICIAL. IMPOSSIBILIDADE. LIMITES OBJETIVOS E SUBJETIVOS DA COISA JULGADA. SÚMULA 339 DO STF. APELO E REEXAME CONHECIDOS E PROVIDOS.
1. O fato de haver distinção entre os vencimentos das autoras e de outras servidoras exercentes do cargo de auxiliar de enfermagem no Instituto Dr. José Frota - IJF, que tiveram reconhecido, por força de decisão judicial, em ação proposta perante a Justiça do Trabalho, a vantagem pecuniária pretendida, não gera direito à isonomia.
2. É impossível a extensão pela via judicial, a título de isonomia, de vantagens salariais obtida por servidor, em ação judicial, a outros servidores que não integraram a relação processual, posto que a decisão proferida se aplica exclusivamente àqueles que participaram na ação, não se estendendo a terceiros, a ela estranhos, sob pena de extrapolar os limites objetivos e subjetivos da coisa julgada (art. 472/CPC).
3. A teor da Súmula nº 339, não cabe ao Poder Judiciário, que não tem função legislativa, aumentar vencimentos de servidores com fundamento no princípio da isonomia, que só se efetiva por expressa previsão legal. Precedentes.
4. Apelo e reexame conhecidos e providos. (Apelação Cível 2000.0132.5382-5/1, rel. Des. *Antônio Abelardo Benevides Moraes,* 3ª Câmara Cível, DJCE 11/04/2008)

EMENTA: REEXAME NECESSÁRIO. APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO ORDINÁRIA. CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. PRELIMINARES. PRESCRIÇÃO. CRÉDITO TRABALHISTA. INAPLICABILIDADE. PRESCRIÇÃO QÜINQÜENAL. FUNDO DE DIREITO. RELAÇÃO DE TRATO SUCESSIVO. SÚMULA 85 DO STJ. REJEIÇÃO. MÉRITO. SERVIDORES PÚBLICOS. INSTITUTO DR. JOSÉ FROTA - IJF. DECISÃO JUDICIAL. LIMITES DA COISA JULGADA. ART. 472 DO CPC. DECRETO MUNICIPAL Nº 7.153/85. PADRÃO REMUNERATÓRIO VINCULADO A MÚLTIPLOS DE SALÁRIO-MÍNIMO. VEDAÇÃO PELO TEXTO CONSTITUCIONAL. AUSÊNCIA DE RECEPÇÃO DO ATO NORMATIVO PELO VIGENTE REGIME CONSTITUCIONAL. SÚMULA 339 DO STF. PRECEDENTES.
1. O prazo prescricional estabelecido pelo art. 7º, inciso XXIX, da Constituição Federal não abrange as relações jurídicas dos servidores públicos, tampouco aquelas situações que se consumaram em momento anterior à vigência do texto constitucional. Inteligência do art. 39, § 3º, da Constituição Federal, com a redação conferida pela Emenda Constitucional nº 19/1998.
2. "Nas relações jurídicas de trato sucessivo em que a Fazenda Pública figure como devedora, quando não tiver sido negado o próprio direito reclamado, a prescrição atinge apenas as prestações vencidas antes do qüinqüênio anterior à propositura da ação". Súmula nº 85, do Superior Tribunal de Justiça.

3. Rejeição das preliminares suscitadas.
4. "A extensão de vantagem funcional concedida a servidores apontados como paradigmas por decisão judicial definitiva encontra óbice nos limites objetivos e subjetivos da coisa julgada [artigo 472 do CPC]. É vedado ao Poder Judiciário, que não tem função legislativa, aumentar vencimentos, a título de isonomia, sem previsão legal. Agravo regimental improvido." (STF, 2ª Turma, AgR no RE 449.586-4/CE, Rel. Min. Eros Grau, julgado em 28.03.2006, DJU 05.05.2006.)
5. Predomina no âmbito desta Corte Estadual de Justiça o entendimento segundo o qual a pretensão dos promoventes deve ser rejeitada sob os seguintes fundamentos: (a) a decisão trabalhista indicada como paradigma tem sua eficácia restrita às partes da demanda originária (eficácia *intra pars*), em respeito aos limites objetivos e subjetivos da coisa julgada, não se prestando a conferir direitos a outros servidores, que não aqueles que integraram aquela relação processual (art. 472, do CPC); (b) o Decreto Municipal nº 7.153/85 não tem mais vigência, por não ter sido recepcionado pela Constituição Federal de 1988, porquanto a fixação de piso salarial do servidor público com valor vinculado ao salário-mínimo afronta os princípios constitucionais da autonomia administrativa do Município e as disposições contidas nos arts. 7º, IV, e 37, XIII, da Carta Magna; (c) não lhe tendo sido atribuída função legislativa, não pode o Poder Judiciário aumentar vencimentos de servidores públicos sem previsão legal, consoante destaque da Súmula nº 339 do Supremo Tribunal Federal e em harmonia com o Princípio Constitucional da Separação dos Poderes.
6. Precedentes do STF, STJ e deste Tribunal de Justiça.
7. Recursos conhecidos e providos, efetivando-se o reexame necessário.
8. Sentença reformada, para julgar improcedente a pretensão de equiparação dos vencimentos de servidores do INSTITUTO DR. JOSÉ FROTA - IJF.
9. Votação unânime. (Apelação Cível 2005.0010.7848-4/0, rel. Des. Celso de Albuquerque Macedo, 3ª Câmara Cível, julg. 21/05/02

A apelação cível proposta pela autora não merece provimento, entretanto, o recuso ajuizado pelo Estado do Ceará deve ser acolhido em parte para reformar o *quantum* da condenação ao pagamento de honorários advocatícios sucumbenciais em favor do réu, arbitrando-os em um mil reais, na forma prevista pelos §§ 3º e 4º do art. 20 do CPC.

Ex positis, em harmonia com a douta promoção do Ministério Público de segundo grau, conheço dos recursos apelatórios, para o fim de reconhecer questão prejudicial de mérito atinente à prescrição, aplicando-se, por conseguinte, a espécie tratada na Súmula nº 85 do Superior Tribunal de Justiça e, no mérito, desprover o manejado pela autora e prover, em parte, o interposto pelo Estado do Ceará para o fim de arbitrar os honorários advocatícios sucumbenciais em R$ 1.000,00 (um mil reais), na forma do do art. 20, §§ 3º e 4º, do CPC.

É como voto.

Fortaleza, 12 de janeiro de 2011.

PROCESSO Nº 92322-87.2006.8.06.0001/1
ÓRGÃO JULGADOR: 5ª Câmara Cível RECURSO: Apelação Cível
TIPO DO PROCESSO: Reivindicatória
COMARCA: 11ª Vara Cível da Comarca de Fortaleza
PARTES:
APELANTE: I - Ideide Maria Fernandes Cardoso Tomaz
II - Carlos Evandro Pereira Tomaz
APELADO: I - Maria Luzinete Leite Rodrigues
II - Otávio Luiz Rodrigues
RELATOR: Des. Francisco Suenon Bastos Mota

EMENTA. AÇÃO REIVINDICATÓRIA. PROPRIEDADE. IMISSÃO NA POSSE. IMÓVEL ADQUIRIDO POR LEILÃO REALIZADO PELA CAIXA ECONÔMICA FEDERAL. SENTENÇA PROCEDENTE. JULGAMENTO ANTECIPADO DA LIDE. CERCEAMENTO DE DEFESA. OFENSA AO DEVIDO PROCESSO LEGAL. POSSE MANTIDA OU INDENIZAÇÃO DAS BENFEITORIAS. IMPOSSIBILIDADE. AUSÊNCIA DE BOA-FÉ.

1. *In casu,* há nos autos provas convincentes acerca dos fatos, não havendo que se falar em ofensa ao devido processo legal e ampla defesa. Com efeito, o julgamento da demanda foi previamente anunciado pelo magistrado, conforme termo de audiência de fl. 358. Assim, compulsando os autos, concluo que a causa se encontrava em condição para julgamento, notadamente por ser desnecessária a produção de prova testemunhal na hipótese em apreço, já que a documentação colimada constitui elemento suficiente à resolução da presente lide.

2. No que tange à concessão aos recorrentes do direito à retenção das benfeitorias, entendo que, conforme consta na própria contestação apresentada pelos recorrentes (fls. 27/28), o imóvel tinha como mutuário, junto à Caixa Econômica Federal, o Sr. José Wilson Firmino de Lima. Ademais, a ação de nulidade de execução extrajudicial proposta pelo mutuário contra a CEF foi julgada, pelo juízo da 10ª Vara Federal, improcedente e sem direito à retenção das benfeitorias. Destarte, não se vislumbra a boa-fé dos recorrentes.

3. Em que pese a insatisfação demonstrada no recurso, entendo que não há que se falar em direito à retenção ou indenização de benfeitorias, pois, que os recorrentes sabiam que o imóvel não lhes pertencia e que este era objeto de execução extrajudicial junto à Caixa Econômica Federal. RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO. SENTENÇA CONFIRMADA.

Vistos, relatados e discutidos os autos da remessa necessária nº 92322-87.2006.8.06.0001/1, em que são partes as acima indicadas.

ACORDA a 5ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, em julgamento de turma, por unanimidade, em conhecer da apelação, negando-lhe provimento, nos termos do voto do Desembargador Relator.

RELATÓRIO.

Contam os autores, ora recorridos, que adquiriram, em 03 de outubro de 2005, junto à Caixa Econômica Federal um imóvel (matrícula 20.281), através de escritura pública de compra e venda sem financiamento, localizado na rua Pedro Paulo Moreira, 1430, Água Fria; contudo, mencionado bem encontra-se habitado pelos promovidos/recorrentes.

Os autores afirmaram ser os legítimos proprietários, assim, pediram tutela antecipada em caráter de urgência para que fosse expedido mandado de imissão na posse. Pediram, ainda, que após a tramitação do feito, fossem os promoventes declarados legítimos proprietários e possuídores do aludido imóvel e os requeridos condenados a lhes restituírem o bem com todos os seus acessórios, frutos e rendimentos, juros de mora, correção monetária, custas processuais e honorários advocatícios.

Ainda, pediram que no ato de imissão na posse ou após a desocupação voluntária do imóvel o meirinho certificasse o atual estado físico do imóvel, a fim de se evitar a depredação do aludido bem ou a propositura de possível ação de reparação de danos.

Documentação apresentadas às fls. 10/16v.

Contestação apresentada pelos promovidos, ora recorrentes, alegando, em síntese, que consta na 10ª Vara Federal de Fortaleza ação ordinária declaratória de nulidade de adjudicação extrajudicial referente ao imóvel em questão, proposta por José Wilson Firmino de Lima, antigo proprietário do bem.

Ainda, em sede de contestação, os promovidos confirmaram que participaram de concorrência para a arrematação do imóvel, porém o casal promovente o arrematou antes; entretanto, sustentam que a Caixa Econômica não poderia dispor do imóvel, realizando leilão para arrematação, posto que já havia sido citada para contestar a ação anulatória acima referida.

Ao final, pediram a improcedência da presente ação para que fosse reconhecida a natureza dúplice da ação possessória e o direito dos promovidos à indenização pelas benfeitorias e à retenção do bem.

Documentos acostados às fls. 37/329.

Tentativa frustrada de conposição na audiência de conciliação (fl. 358).

Julgando o feito, o magistrado deu provimento ao pedido dos autores, determinando a desocupação do imóvel no prazo de 30 (trinta) dias e condenando os promovidos ao pagamento das custas processuais e honorários advocatícios, fixados em

R$ 3.800,00 (três mil e oitocentos reais) (fls.369/372).

Inconformados os recorrentes interpusseram recurso de apelação, alegando nulidade da sentença de primeiro grau, em face do cerceamento de defesa e ofensa ao princípio do devido processo legal, pedindo que a posse do imóvel lhes fosse mantida ou paga a indenização pelas benfeitorias realizadas.

Contrarrazões constantes às fls. 395/398.

É o relatório.

VOTO.

O presente recurso traz a esta egrégia Corte de Justiça a necessidade de apreciação das seguintes questões: a) nulidade da sentença, por cerceamento de defesa devido ao julgamento antecipado da lide; b) sentença ofensiva ao devido processo legal e à ampla defesa; c) direito de retenção em face das benfeitorias realizadas.

No tocante à primeira argumentação apresentada no recurso, considero que no que diz respeito ao julgamento antecipadado da lide, o magistrado julgou após haver avaliado detidamente as provas constantes nos autos, oportunizando às partes a possibilidade de apresentação de documentos e motivando sua decisão com justiça e equidade, inexistinto, pois, a mencionada obstrução à defesa.

Presentes nos autos provas suficientes e convincentes acerca dos fatos, não há que se falar, portanto, em ofensa ao devido processo legal e à ampla defesa, ressalto que o magistrado anunciou o julgamento do feito na audiência de fl. 358, como os próprios apelantes informaram na fl. 383.

Compulsando os autos, concluo que a causa já se encontrava em condição para julgamento, notadamente por ser desnecessária a produção de prova testemunhal na hipótese em apreço, já que a documentação colimada constituem elementos suficientes à resolução da lide.

Vejamos como o magistrado sentenciou acerca deste assunto (fl. 371):

> "Conclui-se, facilmente, de tal encadeamento lógico, que verificando o juiz que não há necessidade de produzir prova em audiência, julgará antecipadamente a lide, eis que, nesses casos, tão logo seja formada a relação processual deve o juiz **conhecer diretamente do pedido** (art. 330 CPC), vale dizer, tão logo lhe seja os autos conclusos nessa fase, julgará a ação.
>
> A documentação acostada à inicial demonstra a existência de **relação jurídica** mediante **escritura pública de compra e venda** (fls. 12/13), devidamente anotada na **matrícula do imóvel**, constando inclusive nessa matrícula que os autores são os **atuais proprietários do bem** em discussão (fl. 16-v)".

Com efeito, irretocável é a sentença neste aspecto, posto que foram

observados os artigos 326 e 327 do CPC. Portanto, superada se encontrava a fase de defesa, tendo sido apresentada a réplica, bem como apresentadas provas suficientes para formar a convicção do magistrado, outra coisa não caberia ao magistrado a não ser proferir sentença conforme o estado do processo. A decisão vergastada demonstra-se escorreita, estando ausente o cerceamento de defesa.

No que tange ao ponto seguinte, isto é, a concessão aos recorrentes do direito à retenção das benfeitorias realizadas no imóvel, tenho a dizer que, conforme consta na própria contestação apresentada pelos recorrentes (fls. 27/28), o imóvel em tela pertencia ao Sr. José Wilson Firmino de Lima, assim, junto à Caixa Econômica Federal era este senhor quem figurava como mutuário do bem, tendo sido proferida, pelo juízo da 10ª Vara Federal, a improcedência da ação de nulidade de execução extrajudicial por ele proposta em face da Caixa Econômica, sem direito à retenção das benfeitorias; destarte, não se vislumbra a boa-fé dos recorrentes.

Em que pese a insatisfação dos recorrentes, entendo que não há que se falar em direito à retenção e indenização de benfeitorias, tendo em vista que os recorrentes sabiam que o imóvel não lhes pertencia e que este era objeto de execução extrajudicial junto à Caixa Econômica Federal.

Conforme o art. 1.219 do Código Civil, a boa-fé é um dos requisitos essenciais à concessão do direito à retenção, vejamos como está prescrito: "*O possuidor de boa-fé tem direito à indenização das benfeitorias necessárias e úteis, bem como, quanto às voluptuárias, se não lhe forem pagas, a levantá-las, quando o puder sem detrimento da coisa, e poderá exercer o direito de retenção pelo valor das benfeitorias necessárias e úteis"*.

Nos termos do art. 1.228 do Código Civil, *"O proprietário tem a faculdade de usar, gozar e dispor da coisa, e o direito de reavê-la do poder de quem quer que injustamente a possua ou detenha*."

Com efeito, as alegações dos recorridos estão, devidamente, demonstradas e provadas as alegações dos recorridos, devendo ser mantida a sentença de primeiro grau porque presentes o direito a propor ação reivindicatória, provado o domínio do bem e a posse injusta dos recorrentes.

Tenho que o documento de fl.16v revela, sem sombra de dúvida, ser de propriedade de Otávio Luiz Rodrigues e Maria Luzinete Leite Rodrigues o imóvel objeto da lide.

Ante o exposto, sou pelo improvimento do presente recurso apelatório, confirmando, em todos os seus termos, a respeitável sentença recorrida.

É como voto.

Fortaleza, 15 de junho de 2011.

PROCESSO Nº 94-49.2005.8.06.0124/1 (2005.0025.6153-2/1)
APELAÇÃO CÍVEL DA COMARCA DE MILAGRES
APELANTE: CASA DE SAÚDE NOSSA SENHORA DE FÁTIMA
APELADAS: THALANY TAVARES SANTOS e THALEYSA TAVARES SANTOS
ÓRGÃO JULGADOR: TERCEIRA CÂMARA CÍVEL
RELATOR: DES. FRANCISCO GLADYSON PONTES

EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL. INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS E MATERIAIS. ERRO MÉDICO. AGRAVO RETIDO. APRECIAÇÃO PRELIMINAR NO JULGAMENTO DA APELAÇÃO (ART. 523, DO CPC). RECURSO DEVIDAMENTE REITERADO NAS RAZÕES DA APELAÇÃO (ART. 523, § 1°, DO CPC). OFENSA AO DEVIDO PROCESSO LEGAL. DECISÃO INTERLOCUTÓRIA. POSSIBILIDADE DE MODIFICAÇÃO PELO MAGISTRADO QUE A PROFERIU. ARGUMENTO AFASTADO. NULIDADE DA CITAÇÃO EFETIVADA POR CORREIO. APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA INSTRUMENTALIDADE DAS formas. AUSÊNCIA DE PREJUÍZO À PARTE. QUESTÃO REJEITADA. CONFISSÃO FICTA. MANTIDA. ÔNUS DA IMPUGNAÇÃO ESPECÍFICA (art. 302, do CPC). AUSÊNCIA DE MANIFESTAÇÃO expressa ACERCA DO PEDIDO REFERENTE AOS DANOS MATERIAIS. Fato considerado incontroverso. Agravo retido improvido. Preliminar de PRESCRIÇÃO. CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR (ART. 27, DA Lei Nº 8.078/90): QUINQUENAL. CIÊNCIA DO DANO EM 01 DE AGOSTO DE 2002. PRESCRIÇÃO CONSUMERISTA NÃO CONFIGURADA. *ERROR IN PROCEDENDO*: AUSÊNCIA DE DILAÇÃO PROBATÓRIA. NÃO OCORRÊNCIA. PERSUASÃO RACIONAL E LIVRE CONVENCIMENTO MOTIVADO. AUSÊNCIA DE NEXO CAUSAL. Exame de BIÓPSIA. Existência de Sarcoma estromal de baixo grau. OMISSÃO DE DIAGNÓSTICO. *ERROR IN JUDICANDO* AFASTADO. *QUANTUM* INDENIZATÓRIO MANTIDO. Aplicação dos princípios da razoabilidade e proporcionalidade. APELOS (RETIDO E APELAÇÃO) CONHECIDOS E IMPROVIDOS.

1. É imprescindível, para a análise do agravo retido, que a recorrente o reitere nas razões da apelação, devendo ser apreciado de forma preliminar, anteriormente à apelação (art. 523, § 1°, do CPC).

2. Do exame do agravo retido, verifica-se, *in casu*, a inexistência de fundamentação legal e fática dos argumentos levantados pelo apelante, quais sejam, ofensa ao devido processo legal por usurpação de competência, nulidade da citação e inexistência de fato incontroverso (confissão ficta).

3. De fato, as decisões interlocutórias podem ser reformadas pelo próprio magistrado que as proferiu, em razão da precariedade que lhes é inerente, motivo pelo qual sua modificação não constitui usurpação de competência do tribunal, em face de recurso interposto contra a decisão outrora prolatada.
4. Por sua vez, a citação efetivada por oficial de justiça, ao alvedrio da ordem de preferência estabelecida no CPC, deve ser considerada válida no caso *sub oculi,* não obstante ter atingido a finalidade a que se destinava, podendo ser o ato considerado inválido apenas quando comprovado o prejuízo para a parte supostamente afetada (princípio da instrumentalidade das formas – art. 244, do CPC), ônus do qual não se desincumbiu a apelante. Precedentes do STJ.
5. Ademais, analisando detidamente as peças e documentos constantes nos presentes autos, verifica-se que a apelante não impugnou especificamente o pedido referente ao dano material, consubstanciado nas despesas de transporte e tratamento médico da apelada, no montante de R$ 25.000,00 (vinte e cinco mil reais), limitando-se a negar genericamente a existência de nexo causal entre a conduta do hospital e o dano verificado, sendo, pois, fato incontroverso, a caracterizar confissão ficta. Precedentes deste Tribunal.
6. No tocante à preliminar de prescrição, deve-se esclarecer qual a legislação reguladora do prazo prescricional em comento, dado o aparente conflito de normas decorrente da coexistência, à época do alegado dano e da propositura da ação, se da legislação civil comum (de 1916) ou da consumerista.
7. Muito embora a ciência do fato danoso e o protocolo da presente demanda tenham se dado, respectivamente, em 2002 e 2005, sob a vigência do CCB/1916 e CCB/02, respectivamente, não se pode olvidar a relação de consumo havida entre os litigantes, definida nos artigos 2º e 3º, do Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078/90), igualmente vigente à época da consumação dos mencionados fatos, norma sabidamente especial em relação àquela, portanto, de aplicabilidade preferencial, nos termos do art. 2º, § 2º, da LICC (Decreto-Lei 4.657/42).
8. No decorrer do processo, é lícito ao magistrado promover o julgamento antecipado da lide se, à luz dos fatos e provas constantes nos autos, convencer-se dos argumentos levantados por qualquer das partes, sendo-lhe possível indeferir a produção de provas consideradas inconvenientes ou protelatórias, em virtude do princípio da razoável duração do processo e celeridade da justiça, não caracterizando tal atitude cerceamento de defesa.
9. *In casu*, o magistrado *a quo* fixou como único ponto controvertido da demanda a invalidez da autora, ponto sobre o qual recaiu a produção de prova pericial.

10. Destarte, o exame de biópsia anexado aos autos do processo, no qual consta expressamente a existência de sarcoma estromal de baixo grau, apresenta-se, a meu sentir, como documento apto a demonstrar a omissão de diagnóstico perpetrada pelo apelante, ocasionando, posteriormente, a metástase do câncer do colo do útero da apelada para outros órgãos e, em consequência, a sua morte, caracterizando, assim, o erro médico do hospital. *Ipso facto*, patente a inexistência do *error in judicando*, vez que comprovado o nexo causal entre a conduta do apelante e o dano suportado pela apelada.
11. Concernente ao valor fixado a título de danos morais, utilizando-se os princípios da razoabilidade e proporcionalidade, e compatibilizando, ainda, a condição financeira do apelante e a gravidade da conduta perpetrada contra a apelada, considero a quantia arbitrada pelo magistrado *a quo,* no valor de R$ 50.000,00 (cinquenta mil reais), compatível, inclusive, com o entendimento jurisprudencial dominante. Precedentes deste Egrégio Tribunal de Justiça.
12. Conheço do Agravo Retido e da Apelação, para NEGAR-LHES PROVIMENTO, mantendo inalterada a decisão monocrática.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos, em que litigam as partes, acima nominadas, ACORDA, a TURMA JULGADORA DA TERCEIRA CÂMARA CÍVEL DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO CEARÁ, por unanimidade de votos, em CONHECER do Agravo Retido e Recurso Apelatório e NEGAR-LHES PROVIMENTO, tudo nos termos do voto do Relator, que integra esta decisão.

RELATÓRIO

Trata-se de RECURSO DE APELAÇÃO agitado pela CASA DE SAÚDE NOSSA SENHORA DE FÁTIMA, em face da sentença de fls. 371/393, do JUÍZO DE DIREITO DA VARA ÚNICA DA COMARCA DE MILAGRES-CE, que JULGOU PROCEDENTE, PARCIALMENTE, a AÇÃO DE INDENIZAÇÃO proposta por MARIA DE FÁTIMA TAVARES LEITE, condenando a apelante ao pagamento de R$ 25.000,00 (vinte e cinco mil reais), por danos materiais, com correção monetária a partir do ajuizamento da ação, incluindo juros legais, contando da citação, bem como a franquia de R$ 50.000,00 (cinquenta mil reais), com juros e correção monetária a partir da publicação da sentença, a título de indenização por danos morais.

Nas razões de apelação, fls. 402/416, requer, preliminarmente, na forma do art. 523, do CPC, seja conhecido o agravo retido de fls. 327/335, acolhendo a nulidade da citação e a consumação da prescrição. No mérito, incide na causa, aduz o apelante,

o erro procedimental ou formal, por inobservância do devido processo legal, com ofensa aos princípios do contraditório e da ampla defesa. Para o reconhecimento da responsabilidade civil aquiliana, com a consequente indenização, exige-se a presença dos seguintes pressupostos: a) ação ou omissão do agente; b) dano experimentado pela vítima; c) relação de causalidade entre a ação (ou a omissão) e o dano.

O clichê narrativo da inicial elenca o seguinte: **a)** Em 2000, realizado o exame de prevenção do colo do útero, sob orientação do Dr. Afrânio, recebeu laudo com resultado negativo para células malignas; **b)** no início de 2001, sentiu fortes dores no intestino, quando foi constatado, pelo Dr. Afrânio, que o útero da autora estava estendido (largo), com aconselhamento de histerectomia. Houve recusa por parte da promovente; **c)** em seguida, verificou a autora que a sua menstruação não estava normal; **d)** voltando ao Dr. Afrânio, este a encaminhou ao Dr. Laércio, cirurgião do hospital, com cirurgia de histerectomia realizada no dia 29 de outubro de 2001; **e)** a demandante, por conta própria, encaminhou o material extraído para o Hospital Zoraide Duque, em Recife-PE, para a realização de biópsia, com laudo levado em mão para o Dr. Laércio; este afirmou que tudo estava normal e que, mesmo sem útero, teria vida normal.

Na sequência, narrou: **f)** em dezembro/2001, foi ao hospital para a realização de exames de rotina prescritos pelo Dr. Laércio, exibindo ao referido médico cicatrizes escuras em seu abdômen; retornou à sala de aula em fevereiro/2002; **g)** em 05 de março de 2002, sentiu fortes dores na parte lateral do abdômen, imaginando que fosse problema renal; no dia 06 de março, procurou o Dr. Laércio, o qual recomendou a hospitalização, com a sequência de alguns exames; **h)** foi encaminhada aos cuidados do Dr. Edglê, o qual solicitou alguns exames, sem a correspondente realização, tendo em vista que um deles só poderia ser aviado em laboratório de Juazeiro do Norte, sem a mercê da autora à míngua de condições econômicas; **i)** o Dr. Edglê sugeriu a introdução de um cateter, havendo registro de reação (enjoos, tonturas e vômitos) e prescrição de tranquilizantes; **j)** atendida pelo Dr. Edmilson, em contato com o Dr. Edglê, teve ciência de que deveria ser internada para a retirada de uma bolsa d'água na região do rim esquerdo, com procedimento realizado em 06 de abril de 2002; **k)** antes de 30 (trinta) dias, quando deveria fazer uma revisão, sentiu febre e dores fortes, com sangramento uretral, posteriormente constatado que era da vagina, permanecendo sob os cuidados do Dr. Afrânio; **l)** em 02 de julho de 2002, realizou exame de prevenção do câncer ginecológico, por orientação do Dr. Fernando Alves Tavares, amigo da família, com indicação de negativo para células malignas; posteriormente, começou a ter incontinência urinária, fazendo uso de fraldas, oportunidade em que foi cientificada pelo Dr. Afrânio de que a circunstância era um "pontinho" rejeitado da histerectomia; em seguida, o Dr. Afrânio e o Dr. Laércio conversavam como se algo de muito sério estivesse acontecendo, com a requisição de exames; **m)** a conselho de pessoa amiga, foi examinada pela Dra. Aparecida, no HOSPITAL SÃO VICENTE, em Barbalha-CE, que prescreveu uma tomografia computadorizada, com o resultado proclamado pela referida médica: o problema da autora não era simples, era bem complicado e tormentoso, pois

estava com um tumor na bexiga (sarcoma), que se iniciou com um câncer no colo do útero e, por falta de tratamento, ocorreu metástase no colo do útero, na bexiga e no canal vaginal, carregando, a autora, o seguinte estigma: não possui vagina, útero, ovário, trompas e nem bexiga.

Ao final, pugna a autora que a ré lhe repare danos experimentados ao longo de tratamento médico-hospitalar, incluindo **a)** despesas com transportes, exames, medicamentos, cirurgia e outro hospital, somando R$ 25.000,00 (vinte e cinco mil reais); **b)** invalidez para o trabalho a ser reparada pelo pagamento de 02 (dois) salários mínimos mensais; **c)** dor, constrangimento e perda da auto-estima, a configurar dano moral, a ser reparado por *quantum* que o juízo arbitrar; os danos experimentados pela autora resultariam de comportamento da ré, através de condutas dos médicos que a atenderam em seu estabelecimento, consistentes em erro médico consubstanciado em inequívoco desacerto de diagnóstico, realização de desnecessárias intervenções cirúrgicas e, posteriormente, dolosa omissão de relevante informação.

Na contestação, foi enfática e detalhadamente debatido que a Ré tenha incorrido em erro médico. No despacho saneador, fls. 280/282, datado de 18 de dezembro de 2007, proferido por juiz em respondência, foi determinada a inversão do ônus da prova, em face da hipossuficiência financeira da autora e da verossimilhança de suas alegações, assinalando ser inócua a realização de perícia e vistoria, enquanto a reiterada manifestação dos litigantes no processo demonstra a impossibilidade de conciliação.

Às fls. 309/322, o Juiz Titular da Comarca, em 20 de outubro de 2008, fixou como único ponto controvertido: a invalidez da autora, decorrente dos fatos alegados na inicial, conforme fundamentado no pedido de condenação em alimentos, com o apontamento de conhecimento especial e técnico, deferindo, portanto, a prova pericial (art. 920, § único, I, do CPC) de ambas as partes, recaindo a nomeação na pessoa do médico Dr. Lívio Lassale S. Távora, vinculado ao SUS, com a ostentação de quesitos. Vê-se, *in casu*, que o Dr. Juiz Titular, por não vislumbrar qualquer mácula na decisão do magistrado com exercício na comarca, ratificou os procedimentos adotados pelo juiz respondente. Interposição de AGRAVO RETIDO da promovida, ora apelante, fls. 327 e seguintes.

Laudo pericial às fls. 353/355, com a sequência de intimação às partes, fl. 355. Nenhuma inconformação ao resultado da prova técnica, datada de 12 de março de 2009. À fl. 357, em 24 de abril, a promovida - CASA DE SAÚDE NOSSA SENHORA DE FÁTIMA, requereu a juntada do parecer técnico do assistente indicado por ela, subscrito pelo médico: Dr. Francisco Leite Lucena.

Às fls. 360, repousa manifestação da autora noticiando que o médico assistente, apesar de devidamente intimado, não participou da perícia a que fora submetida, tratando-se, portanto, de documento gracioso.

Às fls. 365 e seguintes, encontra-se a notícia de que o AGRAVO DE INSTRUMENTO nº 12194-15.2008.8.06.0000/0 (2008.0002.7899-4) foi arquivado, ante a ausência de comprovação de ser o subscritor da procuração o representante legal

da pessoa jurídica agravante, tudo em vista da ausência do contrato social.

Nas contrarrazões, fls. 423/455, destacou, a apelada, que a apelante, à fl. 157, noticiou a intencional omissão do estado clínico da acionante, no resguardo do fator psicológico da cura ou no agravamento da enfermidade, com destaque de que o dano moral, ao lado do dano patrimonial, merece pronta e imediata reparação, devendo, pois, ser mantida a sentença *a quo*.

Requerimento de substituição processual em razão do óbito da autora, fls. 445/446, deferido por este relator, fl. 458.

Revistos e incluídos em pauta de julgamento.

VOTO

PRESSUPOSTOS DE ADMISSIBILIDADE RECURSAL

Conheço de ambos os recursos manejados pelo apelante/agravante/requerido (agravo retido e apelação), por observar presentes os pressupostos intrínsecos e extrínsecos de admissibilidade (cabimento, legitimidade recursal, interesse recursal, tempestividade, regularidade formal, inexistência de fato impeditivo ou extintivo do poder de recorrer, preparo, fl. 417).

AGRAVO RETIDO

O agravante/demandado interpôs agravo retido às fls. 327/335, devidamente reiterado nas razões da apelação, que impugna a decisão do Juízo *a quo* (fls. 309/322), alegando, em síntese: **(i)** o Magistrado singular, ao fixar como único ponto controvertido da demanda a invalidez da autora, teria reformado a decisão anteriormente proferida, de fls. 214/217, da qual havia sido interposto agravo de instrumento, em clara usurpação de competência do Tribunal de Justiça, a quem caberia o reexame da matéria, tornando a decisão agravada, portanto, nula por ofensa ao devido processo legal; **(ii)** a nulidade da citação, uma vez que realizada ao alvedrio da legislação processual vigente, efetivada por oficial de justiça e em comarca diversa, quando a regra seria a citação por correio, causando prejuízos ao demandado, especialmente no tocante aos efeitos da prescrição; **(iii)** a despeito do disposto na decisão agravada, omissão alguma deu-se na contestação, de modo a tornar fatos incontroversos, tendo em vista a afirmação expressa da ausência do nexo de causalidade entre a conduta do réu e o dano suportado pelo autor, fato que excluiria a confissão ficta.

Manifestar-me-ei a seguir pormenorizadamente acerca das impugnações levantadas.

(i) As decisões incidentais tomadas pelo juiz no curso do processo, resolvendo questão de relevante interesse das partes sem, contudo, por-lhe fim, denominadas de interlocutórias, podem ser revogadas ou modificadas pelo magistrado,

pela própria precariedade que lhes é ínsita, caso este, ao analisar mais detidamente os fatos ou provas produzidas pelas partes, altere o entendimento outrora esposado.

Evidente que, após a prolação da sentença (provimento jurisdicional que põe fim à competência do juízo singular para decidir questão relativa ao feito) é vedado ao magistrado inovar no processo, exceto nos casos elencados no art. 463, do Código de Processo Civil, *in verbis*:

> Art. 463. Publicada a sentença, o juiz só poderá alterá-la:
> I - para lhe corrigir, de ofício ou a requerimento da parte, inexatidões materiais, ou lhe retificar erros de cálculo;
> II - por meio de embargos de declaração.

Assim, denota-se que a decisão tomada pelo magistrado às fls. 214/217, posteriormente modificada pela manifestação de fls. 309/322, consubstancia-se em decisão interlocutória, passível, portanto, de modificação pelo próprio juízo prolator, não obstante a precariedade que emana de seu bojo.

Diante disso, não merece prosperar o argumento do apelante/agravante/demandado no tocante à usurpação de competência do Tribunal de Justiça e desrespeito ao devido processo legal.

(ii) A citação do requerido no processo de origem deu-se por meio de oficial de justiça, a despeito da norma processual civil vigente, que estatui como regra a citação por correio. Contudo, prestigiando o princípio da instrumentalidade das formas, determinado ato processual que atinge sua finalidade apenas deve ser declarado nulo na hipótese de comprovado prejuízo para uma das partes, a teor do art. 244, do Caderno Processual Civil, *in litteris* :

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

Esse é o entendimento do Superior Tribunal de Justiça, a seguir transcrito:

> "EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. PROCESSO CIVIL. ERRO MATERIAL. AGRAVO REGIMENTAL. TEMPESTIVIDADE. CITAÇÃO. REQUISITOS. NULIDADE. INEXISTÊNCIA DE PREJUÍZO. EMBARGOS DECLARATÓRIOS. CARÁTER PROTELATÓRIO. MANUTENÇÃO DA MULTA. ART. 538, PARÁGRAFO ÚNICO, DO CPC.
> 1. Reconhecida a existência de erro material no julgamento embargado, os aclaratórios devem ser acolhidos a fim de saná-lo.
> 2. Em homenagem ao princípio da instrumentalidade das formas, o STJ firmou entendimento de que é descabida declaração de nulidade de citação que, a despeito de não ter sido realizada nos exatos termos da norma processual, tenha atingido o seu objetivo e não tenha ensejado nenhum prejuízo à parte.

> 3. Em razão do manifesto caráter protelatório dos embargos de declaração, a multa aplicada na instância *a quo* deve ser mantida.
> 4. Embargos de declaração acolhidos." (EDcl no AgRg no REsp 1007281/ES, Rel. Min. João Otávio de Noronha, Quarta Turma, julgado em 18/05/2010, DJe 27/05/2010).

Portanto, ao pleitear a nulidade da citação efetivada por oficial de justiça, o demandado (ora agravante), deveria ter demonstrado o prejuízo que tal ato teria lhe ocasionado, ônus do qual não se desincumbiu.

No tocante ao argumento da citação ter-se realizado por oficial de justiça de outra comarca, o Código de Processo Civil, no art. 230, prevê expressamente a possibilidade, nas comarcas contíguas e de fácil comunicação, de citações ou intimações realizadas por oficiais de justiça de qualquer delas. Vejamos:

> Art. 230. Nas co□marcas contíguas, de fácil comunicação, e nas que se situem na mesma região metropolitana, o oficial de justiça poderá efetuar citações ou intimações em qualquer delas.

Destarte, comarcas contíguas "são aquelas que fazem fronteira, ou seja, uma contínua à outra, independentemente de o endereço ser próximo à divisa, como era no sistema anterior à Lei n° 8.710/93...". Continuando, comarca de fácil comunicação "significa que entre uma cidade e outra não há dificuldade de acesso...". (*In* Código de Processo Civil Interpretado, Pedro da Silva Dinamarco, *in* Antônio Carlos Marcato, 3ª edição, 2008, p. 652).

Ora, sabidamente as comarcas de MILAGRES e BREJO SANTO são contíguas, integrando, pois, a 1ª Zona Judiciária do Estado do Ceará, com sede jurisdicional na cidade de JUAZEIRO DO NORTE, razão pela qual deve ser aplicado o disposto no supracitado art. 230, do CPC.

Pelos motivos expostos, desacolho a arguição de nulidade da citação, por não evidenciado nenhum prejuízo envolvendo a CASA DE SAÚDE NOSSA SENHORA DE FÁTIMA.

(iii) O magistrado *a quo,* nas razões da decisão objeto do presente agravo retido, considerou o pedido do autor (ora agravado) concernente às despesas de tratamento médico, transporte e exames, no montante de R$ 25.000,00 (vinte e cinco mil reais), como fato incontroverso, uma vez que não impugnado especificamente pelo demandado (ora agravante) na contestação.

Não obstante, o art. 302, do Código de Processo Civil, impõe ao réu o ônus da impugnação específica, pelo qual este deverá manifestar-se expressamente sobre os fatos narrados pelo autor na petição inicial, sob pena do fato ser considerado incontroverso, sendo-lhe aplicado a pena de confissão ficta.

De fato, da análise criteriosa da peça contestatória contida nos autos, verifica-se que o demandado não impugnou especificamente referido pleito autoral,

limitando-se a refutar genericamente os argumentos da autora, razão pela qual tal fato deve ser tido como incontroverso, não dependendo, portanto, de produção de provas.

Esse é o entendimento deste sodalício, *in verbis*:

> "DIREITO CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE. DISCUSSÃO DE MATÉRIA NÃO IMPUGNADA □ESPECIFICAMENTE PELA CONTESTAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. PRECLUSÃO CONSUMATIVA. I - Não devem ser produzidas provas acerca de aspectos não contestados pelo réu, por se tornarem □fatos □incontroversos (CPC, art.334,III, CPC); II - Se o demandado, ora recorrente, não procedeu à □impugnação □específica do pedido da autora, ora recorrida, tocantemente aos valores da pensão, em relação a eles não surge controvérsia e a prova mostra-se desnecessária, porque se entende que, se não os impugnou, o promovido, ora apelante, os aceitou como condizentes com sua realidade econômica; III - Oferecida a peça contestatória, opera-se a preclusão consumativa, não podendo o acionado deduzir novas alegações, exceto se relativas a direito superveniente, inexistente no caso dos autos; IV - Uma vez reconhecida a paternidade, tem-se por consequência lógica a acolhida do pedido não contestado do montante alimentício; V - Não prospera recurso interposto para ver reformado ponto da sentença que sequer foi combatido em sede de contestação. VI - Recurso de apelação conhecido, porém improvido." (Apelação Cível n° 1405-98.2001.8.06.00000, Rel. Des. José Cláudio Nogueira Carneiro, 2ª Câmara Cível, Dj em 11/05/2006).

Com essas considerações, CONHEÇO e NEGO PROVIMENTO ao recurso de agravo retido.

DA PREJUDICIAL DE MÉRITO PRESCRIÇÃO

No aspecto da prescrição arguida, noto que o dano resultante da omissão médica foi levado ao conhecimento da promovente (MARIA DE FÁTIMA TAVARES LEITE) em 01 de agosto de 2002 (inicial, fls. 12/13). Pelo CCB/1916, o prazo era de 20 (vinte) anos, para ingressar com a ação de indenização correspondente. O CCB/2002 entrou em vigor no dia 11 de janeiro de 2003, com a fixação do prazo respectivo em 03 (três) anos. A promovente ingressou em juízo no dia 22 de dezembro de 2005.

Entretanto, verifica-se ser aplicável o código consumerista à relação entre apelante/demandado e apelada/demandante, não obstante o fato daquele prestar serviços médicos a esta, com a presença dos demais requisitos caracterizadores da relação de consumo.

Desse modo, deve ser aplicado, no presente caso, o prazo prescricional previsto no art. 27, do Código de Defesa do Consumidor, qual seja, 5 (cinco) anos, a contar da data do conhecimento do dano e de sua autoria.

Esse é o entendimento do Superior Tribunal de Justiça, *in litteris*:

> "AGRAVO REGIMENTAL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO. RECURSO ESPECIAL. ERRO MÉDICO. PRESCRIÇÃO QUINQUENAL. ARTIGO 27 DO CDC. DECISÃO AGRAVADA. MANUTENÇÃO.
> A orientação desta Corte é no sentido de que aplica-se o Código de Defesa do Consumidor aos serviços médicos, inclusive no que tange ao prazo prescricional quinquenal previsto no artigo 27 do CDC. Agravo Regimental improvido." (AgRg no Ag 1229919/PR, Rel. Min. Sidnei Beneti, TERCEIRA TURMA, julgado em 15/04/2010, DJe 07/05/2010).

Por conseguinte, da análise criteriosa dos autos, verifica-se que, embora a autora tenha tomado conhecimento da biópsia em 30 de novembro de 2001 (fl. 06), apenas teve ciência do dano resultante da omissão da patologia exposta em tal exame em 01 de agosto de 2002 (fls. 12/13), ocasião em que foi informada, pela Dr. Aparecida, que estava acometida de um tumor na bexiga (sarcoma), iniciado a partir de um câncer no colo do útero que não obteve o tratamento adequado.

Desta feita, aplicando-se o prazo prescricional de 5 (cinco) anos previsto no CDC, a pretensão à reparação da autora apenas teria termo na data de 31 de julho de 2007.

Logo, não obstante o magistrado *a quo* tenha aplicado à espécie a prescrição vintenária prevista no CCB/1916, deve prevalecer o prazo prescricional disposto no Código de Defesa do Consumidor, porquanto tratar-se de relação eminentemente consumerista.

Com efeito, embora alterando os fundamentos utilizados pelo juízo de 1° grau, deixo de acolher os argumentos do apelante, mantendo, assim, afastados os efeitos da prescrição.

MÉRITO

No mérito da peça apelatória, o Hospital apelante argui: **(i)** o *error in procedendo* por inobservância do devido processo legal com ofensa aos princípios do contraditório e da ampla defesa, tendo em vista que, no seu entender, o magistrado *a quo,* ao fixar como único ponto controvertido da demanda a invalidez da autora, determinando o julgamento antecipado da lide, impossibilitou a eficaz dilação probatória do processo, na medida em que acatou os argumentos esposados na peça autoral acerca da conduta negligente do Hospital, a despeito da ausência de lastro probatório apto a comprovar seu direito, obstando, assim, o direito do réu de desconstituir a alegação concernente ao eventual erro médico; **(ii)** O *error in judicando,* uma vez que nos autos não haveria prova do "inequívoco desacerto de diagnóstico, desnecessária intervenção cirúrgica ou posterior dolosa omissão de informação relevante" – impossibilitando, por sua vez, a aferição de existência do nexo causal entre a conduta do apelante e o dano sofrido pela apelada, pressuposto básico da responsabilidade civil; **(iii)** ofensa ao princípio da

razoabilidade na fixação do valor referente aos danos morais, sob pena de tornar-se inviável o empreendimento médico-hospitalar em pequenas unidades interioranas, em que há limitações e atendimento à população majoritariamente carente, resultando em ganhos escassos e limitações financeiras incompatíveis com indenizações de elevada monta.

Ante tais considerações, passo à apreciação dos pontos individualmente considerados.

(i) Em decorrência dos princípios da persuasão racional do juiz e do livre convencimento, o magistrado está autorizado a julgar o processo no estado em que se encontra se, à luz dos fatos e provas contidos nos autos, assim como da legislação e jurisprudência aplicáveis ao caso, convencer-se dos argumentos levantados por uma das partes, sendo-lhe lícito indeferir provas que entenda inconvenientes ou protelatórias, até mesmo em homenagem aos princípios da razoável duração do processo e celeridade da justiça, sem, contudo, caracterizar cerceamento de defesa.

Esse é o entendimento do Superior Tribunal de Justiça, *in verbis*:

> "PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. CARGO EM COMISSÃO. VERBAS DE REPRESENTAÇÃO. DISPOSITIVO VIOLADO NÃO DEMONSTRADO. INCIDÊNCIA, POR ANALOGIA, DA SÚMULA N. 284/STF. JULGAMENTO ANTECIPADO DA LIDE. POSSIBILIDADE. SUFICIÊNCIA DA PROVA DOCUMENTAL.
> 1. Incidência da Súmula n. 284 do Supremo Tribunal Federal, por analogia, pois em momento algum foi citado dispositivo de legislação infraconstitucional federal eventualmente vinculado as essas teses (fundamentação deficiente).
> 2. **Os órgãos julgadores não estão obrigados a examinar todas as teses levantadas pelo jurisdicionado durante um processo judicial, bastando que as decisões proferidas estejam devida e coerentemente fundamentadas, em obediência ao que determina o art. 93, inc. IX, da Lei Maior. Isso não caracteriza ofensa aos arts. 128, 458 e 535 do CPC. Neste sentido, existem diversos precedentes desta Corte.**
> 3. **Não existe cerceamento de defesa quando a instância ordinária após apreciação das provas constantes nos autos, decide julgar o processo de forma antecipada, pois os fatos apresentam-se suficientemente demonstrados.**
> 4. **Na sentença de mérito o juiz esclarece a que os argumentos presentes na inicial e nas contestações bastam para julgar antecipadamente a lide, pois as questões sobre as quais as partes controvertem são exclusivamente de direito e encontram-se comprovadas documentalmente. (fl. 522)**
> 5. A formação de coisa julgada material em desfavor da parte autora, longe de ser pena demasiada, é mera consequência de sua desídia na formação do conjunto probatório, desídia esta que não justifica a anulação de sentença proferida nos termos da lei.
> 6. Recurso especial a que se nega provimento." (REsp 1192979/SP, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA,

julgado em 02/09/2010, DJe 04/10/2010).

"PROCESSUAL CIVIL – JULGAMENTO ANTECIPADO DA LIDE – CERCEAMENTO DE DEFESA – NÃO OCORRÊNCIA – PRECEDENTES – AUSÊNCIA DE ARGUMENTO QUE PUDESSE INFIRMAR A DECISÃO AGRAVADA.
1. ***In casu*, o magistrado de primeira instância julgou antecipadamente a lide, por entender que não havia mais controvérsia quanto aos fatos nucleares da demanda, restando apenas o deslinde das questões de direito.**
2. **Consoante jurisprudência pacífica desta Corte, não há cerceamento do direito de defesa, nesses casos, pois o juiz tem o poder-dever de julgar a lide antecipadamente, desprezando a realização de audiência para a produção de provas ao constatar que o acervo documental é suficiente para nortear e instruir seu entendimento.**
Estando a decisão recorrida em consonância com a jurisprudência desta Corte, e não tendo a agravante trazido qualquer argumento que pudesse infirmar a decisão agravada, esta deve ser mantida íntegra, por seus próprios fundamentos. Agravo regimental improvido." (AgRg no Ag 1193852/MS, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 23/03/2010, DJe 06/04/2010).

In casu, o magistrado fixou como único ponto controvertido da demanda o fato da invalidez da autora, questão sobre a qual deveria recair a produção de prova pericial, determinando o julgamento antecipado da lide quanto aos demais aspectos. De fato, "... constatando ser o fato de julgamento do pedido (art. 269, I), o juiz avaliará a necessidade, ou não, de produção de provas tendentes à formação de seu convencimento sobre a pertinência da pretensão deduzida em juízo, provas essas respeitantes, exclusivamente, às questões de fatos.", e continua "Concluindo pela negativa, conhecerá diretamente do pedido, proferindo sentença de mérito, dispensada, assim, a fase instrutória, sem dúvida alguma a mais demorada e onerosa de todas as demais fases processuais." (Op. Cit. p. 1037).

Insta salientar que, compulsando os autos do processo, em momento algum o apelante/demandado manifestou-se no sentido de demonstrar sua pretensa intenção de produzir provas e, em contradição ao que alega, quando determinado pelo magistrado primevo a inversão do ônus da prova, concedendo prazo de 5 (cinco) dias para que juntasse aos autos provas documentais que evidenciassem sua expressa comunicação à autora do resultado da biópsia (fl. 282), este quedou-se inerte, em clara conduta incompatível com as alegações ora deduzidas.

Destarte, estando a sentença devidamente motivada, com a demonstração dos fatos e provas que auxiliaram à formação da convicção do juiz, como, de fato, constata-se da análise da sentença proferida, não há que se alegar cerceamento de defesa ou ofensa ao devido processo legal.

(ii) Por conseguinte, no que concerne à afirmação da ausência de

comprovação do nexo causal entre a conduta do apelante e os danos sofridos pela apelada, obstando a caracterização da responsabilidade civil daquele, faz-se necessário algumas considerações.

Inicialmente, urge ressaltar que a apelante fornece serviço médico-hospitalar, pelo qual o paciente utiliza seus serviços no intuito de prevenir ou tratar doenças, na qualidade de destinatário final, caracterizando, desse modo, a relação de consumo, uma vez que se trata de contrato de fornecimento de serviços, sujeito, portanto, às normas previstas no Código de Defesa do Consumidor.

Nesse sentido é o entendimento do Superior Tribunal de Justiça:

> "RECURSO ESPECIAL: 1) RESPONSABILIDADE CIVIL - HOSPITAL - DANOS MATERIAIS E MORAIS - ERRO DE DIAGNÓSTICO DE SEU PLANTONISTA - OMISSÃO DE DILIGÊNCIA DO ATENDENTE - APLICABILIDADE DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR; 2) HOSPITAL - RESPONSABILIDADE - CULPA DE PLANTONISTA ATENDENTE, INTEGRANTE DO CORPO CLÍNICO - RESPONSABILIDADE OBJETIVA DO HOSPITAL ANTE A CULPA DE SEU PROFISSIONAL; 3) MÉDICO - ERRO DE DIAGNÓSTICO EM PLANTÃO - CULPA SUBJETIVA - INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA APLICÁVEL - 4) ACÓRDÃO QUE RECONHECE CULPA DIANTE DA ANÁLISE DA PROVA - IMPOSSIBILIDADE DE REAPRECIAÇÃO POR ESTE TRIBUNAL - SÚMULA 7/STJ.
> 1.- Serviços de atendimento médico-hospitalar em hospital de emergência são sujeitos ao Código de Defesa do Consumidor.
> 2.- A responsabilidade do hospital é objetiva quanto à atividade de seu profissional plantonista (CDC, art. 14), de modo que dispensada demonstração da culpa do hospital relativamente a atos lesivos decorrentes de culpa de médico integrante de seu corpo clínico no atendimento.
> (...)
> 5.- Recurso Especial do hospital improvido." (REsp 696.284/RJ, Rel. Ministro SIDNEI BENETI, TERCEIRA TURMA, julgado em 03/12/2009, DJe 18/12/2009).

Nesse contexto, a responsabilidade do hospital pelos serviços prestados aos pacientes é objetiva (art. 14, do CDC), sendo prescindível a demonstração de culpa concernente à conduta lesiva, bastando apenas a verificação da existência do nexo causal entre a conduta do primeiro e os danos suportados pelo último.

Analisando criteriosamente as peças e documentos acostados aos autos, noto que o hospital apelante, ao analisar a biópsia realizada após a retirada do útero, no qual consta expressamente a existência de sarcoma estromal de baixo grau (fl. 53), incorreu em grave omissão de diagnóstico, uma vez que impossibilitou a adoção do tratamento adequado à doença, o que ocasionou a posterior ocorrência de metástase para a bexiga e canal vaginal.

Constata-se que o próprio hospital admitiu, na peça contestatória, ter sido o primeiro a tomar conhecimento da biópsia, aduzindo que informou à autora a "...

presença do achado pós operatório do sarcoma no corpo do útero extirpado". No entanto, prossegue ressaltando que "...não é da praxe médica fazer alarde da probabilidade de disseminação de sarcoma milimétrico presente em órgão extirpado, mesmo porque não pode ser desconsiderado o influente fator psicológico na cura ou no agravamento da enfermidade" (fl. 157).

Ora, é obrigação dos hospitais e médicos informar aos paciente sobre o mal que lhes acomete, adotando os tratamentos adequados a evitar o agravamento da doença, da forma mais diligente e responsável, inerente ao exercício da profissão, e não omitir diagnóstico com base em probabilidades ou influência psicológica que tal procedimento poderá ocasionar ao paciente.

Não obstante, o apelante incorreu ainda em patente contradição, tendo em vista que, nas razões da peça apelatória, referindo-se à análise da biópsia, afirma peremptoriamente que **"...** a autora nunca os apresentou ao médico solicitante, mas, sim, à doutora Aparecida" (fl. 414), a despeito da declaração anterior, acima transcrita, na qual admite ter sido o primeiro a analisar a biópsia.

Retornando aos fatos, verifica-se, ainda, debruçando-se sobre os documentos (fls. 55 e ss.), que posteriormente à análise da biópsia, a apelada retornou várias vezes ao hospital apelante, realizando diversos exames, inclusive o de prevenção, e apesar de todos os sintomas apresentados, tais como sangramentos e problemas renais, nada foi constatado pelos médicos do hospital.

Todavia, bastou uma única consulta com a Dr. Aparecida, que prescreveu uma tomografia computadorizada, para que ficasse comprovado a patologia da apelada, qual seja, tumor na bexiga (sarcoma), que teve início a partir de um câncer no cólon do útero não diagnosticado pelo apelante, ocorrendo metástase para a bexiga e canal vaginal.

Dessa forma, mostra-se clara e notória, a existência do nexo causal entre a conduta do apelante que, ao omitir diagnóstico de sarcoma estromal de baixo grau, impossibilitou a adoção do tratamento adequado a evitar o alastramento da doença, e o dano suportado pela apelada, que sofreu o constrangimento de ter a bexiga e o canal vaginal retirados, tolerando permanentemente o uso de uma bolsa junto ao abdômen (sonda).

Ipso facto, evidenciados os elementos caracterizados da responsabilidade objetiva, materializados na conduta reprovável de omissão de diagnóstico pelo hospital, ocasionando graves danos à paciente, incorrendo, desse modo, em falha no fornecimento de serviços, é patente o dever de indenizar, segundo entendimento deste Egrégio Tribunal de Justiça, *in verbis*:

> "CIVIL. INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL E ESTÉTICO. ERRO DE DIAGNÓSTICO. BIÓPSIA. RESPONSABILIDADE OBJETIVA. OBRIGAÇÃO DE RESULTADO. DANO MORAL CONFIGURADO. SENTENÇA MODIFICADA. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.
> 1.Trata-se de pedido de indenização por erro de diagnóstico que envolve

> obrigação de resultado, **baseado na responsabilidade objetiva (art.14, CDC)**, desacolhido na origem.
> 2. A emissão de falso resultado negativo de câncer retardou o tratamento médico adequado, causando intervenção cirúrgica drástica, conforme o apurado dos autos.
> 3. A retirada do palato (céu da boca) do autor, em virtude do avançado grau da doença, causou queda de dentes e distúrbios na voz.
> 4. Dano estético intrinsecamente ligado ao dano moral, arbitrados em R$ 50.160,00, equivalente a 132 salários mínimos.
> 5. Juros moratórios a partir da citação e correção monetária da data do arbitramento por esta Corte.
> 6. Recurso conhecido e parcialmente provido." (AC nº 404239-40.2000.8.06.0001/1, Rel. Des. Antônio Abelardo Benevides Moraes, 3ª Câmara Cível, julgado em 18/02/2008).

O Superior Tribunal de Justiça também se manifestou sobre o tema, *in litteris*:

> " PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. VIOLAÇÃO DO ART. 535, I e II, DO CPC. NÃO CONFIGURADA. <u>RESPONSABILIDADE CIVIL OBJETIVA. PLEITO DE DANOS MATERIAIS E MORAIS</u>. MORTE DE MENOR EM DECORRÊNCIA DE INFECÇÃO GENERALIZADA. ATUAÇÃO DOS PROFISSIONAIS DA ENTIDADE HOSPITALAR MUNICIPAL. *ONUS PROBANDI*.
> ...
> 2. <u>Ação de indenização por danos materiais e morais ajuizada em face de Hospital Municipal, em decorrência de falecimento de filha, menor, que diagnosticada por médico plantonista, foi encaminhada para casa, sendo certo que, dois dias após, constatou-se erro na avaliação anteriormente realizada, vindo a menor a falecer em decorrência de Infecção generalizada (Septicemia).</u>
> 3. A situação descrita nos presentes autos não desafia o óbice da Súmula 07 desta Corte. Isto porque, não se trata de reexame do contexto fático-probatório dos autos, ante a existência de tese versada no recurso especial, consubstanciada na Responsabilidade Civil do Estado, por danos materiais e morais, decorrente do falecimento de criança ocasionado por errôneo diagnóstico.
> **...**
> 5. Incidência de indenização por danos morais.
> 6. Recurso especial provido." (REsp 674.586/SC, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA TURMA, julgado em 06/04/2006, DJ 02/05/2006, p. 253).

Ante o exposto, é de clareza meridiana o dever de indenizar do Hospital, tendo em vista a omissão de diagnóstico perpetrada por seus médicos, acarretando graves consequência à saúde da apelada, que suportou enorme dor e sofrimento, em virtude da metástase iniciada com a falta de tratamento adequado do câncer do colo do útero, já exposto no exame de biópsia negligenciado pelo apelante, inclusive a morte, como observa-se certidão de óbito, fl. 449, tendo como causa da morte: <u>metástase óssea</u>

– neoplasia do corpo uterino.

Em consequência do óbito da autora, restou deferida a substituição processual, fl. 458, a teor do disposto no art. 43, da Codificação Processual Civil.

(iii) No tocante ao *quantum* do valor fixado a título de indenização por danos morais, entendo ser aplicável o princípio da razoabilidade e proporcionalidade, de maneira a inibir condutas semelhantes por parte de quem causou o dano, sem, contudo, favorecer o enriquecimento sem causa daquele que sofreu o constrangimento.

Esse é o entendimento deste Egrégio Tribunal de Justiça, vejamos:

> "RESPONSABILIDADE CIVIL. MORTE DE PACIENTE EM HOSPITAL PÚBLICO ESTADUAL. RESPONSABILIDADE OBJETIVA DO ESTADO. NEXO CAUSAL COMPROVADO. INDENIZAÇÃO DEVIDA. *QUANTUM* RAZOÁVEL. RECURSO IMPROVIDO. SENTENÇA INALTERADA. I. Pelos elementos constantes nos autos, resta configurada a responsabilidade do ente suplicante pelo óbito ocorrido nas dependências de hospital público estadual. II. Destaque-se, nesse sentido, a conclusão do laudo médico ao indicar intoxicação medicamentosa como causa do quadro clínico do paciente. III. Inquestionável, ademais, a atuação de agente estatal no caso sob enfoque, haja vista que consta no prontuário médico de atendimento a indicação do médico que realizou os procedimentos em questão, inclusive com sua assinatura. IV. Uma vez configurado o nexo causal entre a conduta estatal e o evento danoso, imperioso o reconhecimento do dever de indenizar. V. Contudo, no que tange ao *quantum* indenizatório arbitrado pelo judicante singular, entende-se que o montante de R$ 150.000,00 (cento e cinquenta mil reais) é excessivo, pois não reflete os ganhos decorrentes do tempo médio de sobrevida do *de cujus* (348 meses). Desse modo, pautando-se nos pilares da razoabilidade e da proporcionalidade, impõe-se a reforma do provimento jurisdicional guerreado, exclusivamente no sentido de estabelecer o novo valor da indenização em R$ 69.600,00 (sessenta e nove mil e seiscentos reais). VI. Recurso conhecido e parcialmente provido. Sentença reformada exclusivamente no tocante ao *quantum debeatur*. (Apelação Cível n° 25672-66.2003.8.06.0000, Des. Rel. Francisco Sales Neto, 1ª Câmara Cível, Dj em 29/01/2010).

No caso em apreço, o magistrado entendeu por bem fixar o valor da indenização por danos morais em R$ 50.000,00 (cinquenta mil reais), justificando que "...sendo a promovida uma casa de saúde bastante conhecida na região, com cerca de vinte sócios médicos, conforme ata de reunião dos sócios, de fl. 211, deve receber uma pena que faça sentir os efeitos do grave erro que cometeu" (fls. 390/ 391).

Por sua vez, a apelada, que exercia a profissão de professora, suportou enorme dor e abalo emocional, sendo-lhe retirado o útero, ovário, trompas, bexiga e canal vaginal, motivo pelo qual necessitará fazer uso, indefinidamente, de uma sonda, que a auxiliava a secretar a urina.

Contudo, para alcançar um valor indenizatório razoável, faz-se necessário

compatibilizar a realidade financeira do apelante e da apelada com a gravidade dos danos ocasionados, inibindo posteriores condutas semelhantes por parte daquele, sem ocasionar o enriquecimento ilícito desta.

Desse modo, tendo em vista ser o Hospital apelante estabelecimento de médio porte, contando com mais de 20 (vinte) sócios médicos, consoante documento de fl. 211, o *quantum* fixado pelo julgador monocrático mostra-se, a meu ver, compatível com os princípios da razoabilidade e proporcionalidade, razão pela qual deve ser mantido.

Isto posto, CONHEÇO e NEGO PROVIMENTO a ambos os apelos (Agravo Retido e Apelação), mantendo, assim, inalterada a sentença objurgada.

É como voto.

Fortaleza, 31 de outubro de 2011.

Agravo de instrumento

Agravo de Instrumento nº 0100021-93.2010.8.06.0000/0
Agravante: Estado do Ceará
Agravada: Maria do Socorro Rodrigues Alencar
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 SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA.

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 arts. 5º, *caput*, 6º, *caput*, e 196 da Carta Republicana.

III – Presença dos requisitos necessários à concessão da tutela jurisdicional antecipada: verossimilhança das alegações e perigo de dano irreparável ou de difícil reparação. Mitigação da irreversibilidade da medida judicial por se tratar do direito constitucional à vida e à saúde (artigos 5º, *caput*, 6º, *caput*, e 196 da Constituição Federal), considerando-se o *periculum in mora* inverso caso não fosse deferida.

Agravo de instrumento conhecido, todavia improvido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de agravo de instrumento nº 0100021-93.2010.8.06.0000/0, 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, 09 de fevereiro de 2011.

RELATÓRIO

Cuida-se de agravo de instrumento com pedido de efeito suspensivo ajuizado

contra decisão proferida pela Mmª. Juíza da 9ª Vara da Fazenda Pública desta comarca que, na ação ordinária nº 121029-26.2010.8.06.0001/0, concedeu a antecipação de tutela ordenando o fornecimento, pelo Estado do Ceará, do medicamento ANAGRELIDE – AGRYLIN, indicado no receituário de fls. 19/22 da nomeada ação ordinária.

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, todo e qualquer tipo de tratamento desta natureza é responsabilidade da União Federal, não possuindo o Estado do Ceará legitimidade para figurar no polo passivo dos autos.

Requereu 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.

Distribuídos os autos, coube-me exercer a função de relator. A suspensividade postulada foi indeferida por meio da decisão de fl. 58 e verso.

Não foram apresentados informes e nem a contraminuta (fls. 62 e 63).

Parecer da douta Procuradoria Geral de Justiça às fls. 67/71 opinando pelo improvimento do recurso em tablado.

É o breve relatório.

VOTO

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 da recorrida 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 polo 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)

Presentes a verossimilhança do direito e o receio de dano irreparável à saúde da autora, mitigando-se a irreversibilidade do provimento jurisdicional por se tratar do direito constitucional à vida e à saúde (artigos 5º, *caput*, 6º, *caput*, e 196 da Constituição Federal).

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, 09 de fevereiro de 2011.

PROCESSO Nº 0100677-50.2010.8.06.0000.
AGRAVO DE INSTRUMENTO COM PEDIDO DE EFEITO SUSPENSIVO.
AGRAVANTE: FABRÍCIO VASCONCELOS DO NASCIMENTO SOUSA.
AGRAVADO: REAL LEASING S.A ARRENDAMENTO MERCANTIL (ABN AMRO REAL S.A).
RELATOR: DESEMBARGADOR FERNANDO LUIZ XIMENES ROCHA.

EMENTA: CONSUMIDOR. AGRAVO DE INSTRUMENTO. CONTRATO BANCÁRIO. POSSE DO VEÍCULO. DEPÓSITO INTEGRAL DAS PARCELAS CONTRATUAIS. IMPOSSIBILIDADE. CONSIGNAÇÃO APENAS DOS VALORES INCONTROVERSOS. PRECEDENTES. AGRAVO PROVIDO.

1. Afigura-se desconforme à jurisprudência pátria estabelecer como condição da manutenção de posse do veículo o depósito integral das parcelas contratualmente previstas, quando o correto seria ordenar a consignação dos valores incontroversos. Precedentes.
2. Resta evidenciado o *periculum in mora*, uma vez que, ao ser apreendido o veículo financiado, com imediato leilão, tornar-se-á difícil restituir as partes ao *status quo ante*.
3. Agravo conhecido e provido.

ACÓRDÃO

Acordam os integrantes da Primeira Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, por uma de suas Turmas, unanimemente, em conhecer do agravo de instrumento e dar-lhe provimento, tudo de conformidade com o voto do Relator.

Fortaleza, 23 de maio de 2011.

RELATÓRIO

Cuida-se de agravo de instrumento interposto em face de decisório proferido pelo Juízo da 11ª Vara Cível desta Comarca (fls. 47-51), nos autos do Processo nº 472089-62.2010.8.06.0001/0 (ação revisional), por meio do qual, embora haja reconhecido a relevância das ponderações do ora recorrente, teria vinculado a manutenção de posse do veículo alienado fiduciariamente em favor do consumidor ao depósito judicial das parcelas constantes do próprio contrato revisando, e não apenas das quantias incontroversas.

Aduziu o insurgente (fls. 02-21) que efetuou a compra de veículo mediante financiamento bancário, honrando o pagamento de todas as mensalidades até que sobreveio a perda de emprego. Diante disso, somente conseguiu quitar as parcelas do

pacto em alusão durante o recebimento de auxílio-desemprego, tendo de, posteriormente, buscar proteção judicial em face das abusivas cláusulas contratuais do mencionado negócio.

Afirmou que, embora o julgador monocrático tenha concedido o pleito liminar, reconhecendo a juridicidade das ponderações lançadas na ação revisional, atrelou a manutenção da posse do veículo com o devedor ao pronto depósito das parcelas contratualmente previstas, quando a jurisprudência obriga apenas a consignação das parcelas incontroversas.

Insistiu o agravante em impugnar as cláusulas contratuais pertinentes à taxa de juros, capitalização destes, cumulação indevida de comissão de permanência e encargos moratórios etc.

Juntou documentos de fls. 22-56.

Requestou efeito suspensivo ao recurso, o qual foi concedido mediante decisório de fls. 61-65.

Informações às fls. 70-741.

Não foram apresentadas contrarrazões (certidão à fl. 76).

É o relatório.

VOTO

Agravo tempestivo (certidão de fl. 53) e desnecessário o recolhimento do preparo, uma vez ser o recorrente beneficiário da justiça gratuita (fl. 51).

Insurge-se contra o condicionamento da manutenção da posse do veículo em favor do consumidor ao depósito integral das parcelas do contrato *sub judice*.

Assiste razão ao agravante. Com efeito, o próprio magistrado de primeira instância reconheceu a prudência de se conceder a liminar postulada, salientando, inclusive, ser patente o prejuízo que possa vir a sofrer a parte demandante, ante a possibilidade iminente de o veículo que financiou perante a parte demandada vir a ser retirado de sua posse antes da solução desta lide, em caso de inadimplemento (fl. 49).

Citou precedente jurisprudencial representativo da controvérsia, cuja ementa segue (fls. 49-50):

> DIREITO PROCESSUAL CIVIL E BANCÁRIO. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO REVISIONAL DE CLÁUSULAS DE CONTRATO BANCÁRIO. INCIDENTE DE PROCESSO REPETITIVO. JUROS REMUNERATÓRIOS. CONFIGURAÇÃO DA MORA. JUROS MORATÓRIOS. INSCRIÇÃO/MANUTENÇÃO EM CADASTRO DE INADIMPLENTES. DISPOSIÇÕES DE OFÍCIO. […] Neste julgamento, os requisitos específicos do incidente foram verificados quanto às seguintes questões: i) juros remuneratórios; ii) configuração da mora; iii) juros moratórios; iv) inscrição/manutenção em cadastro de inadimplentes e v) disposições de ofício. […] ORIENTAÇÃO 4 - **INSCRIÇÃO/ MANUTENÇÃO EM CADASTRO DE INADIMPLENTES**. a) A

> abstenção da inscrição/manutenção em cadastro de inadimplentes, requerida em antecipação de tutela e/ou medida cautelar, somente será deferida se, cumulativamente: i) a ação for fundada em questionamento integral ou parcial do débito; ii) houver demonstração de que a cobrança indevida se funda na aparência do bom direito e em jurisprudência consolidada do STF ou STJ; iii) houver depósito da parcela incontroversa ou for prestada a caução fixada conforme o prudente arbítrio do juiz; b) A inscrição/manutenção do nome do devedor em cadastro de inadimplentes decidida na sentença ou no acórdão observará o que for decidido no mérito do processo. Caracterizada a mora, correta a inscrição/manutenção. […] (STJ. 2ª Seção. REsp 1061530/RS. Relatora Ministra NANCY ANDRIGHI. Dje 10.03.2009, destaques no original)

Porém de maneira inusitada, em vez de estabelecer como condição da manutenção de posse o depósito judicial das parcelas segundo o valor incontroverso, o fez em relação ao total do importe contratualmente previsto, o que vai de encontro à jurisprudência do e. Superior Tribunal de Justiça.

Nesse sentido:

> AGRAVO REGIMENTAL - AGRAVO DE INSTRUMENTO - CONTRATO DE FINANCIAMENTO COM ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA EM GARANTIA - MANUTENÇÃO DO DEVEDOR NA POSSE DO BEM - POSSIBILIDADE - CONSIGNAÇÃO EM JUÍZO DOS VALORES INCONTROVERSOS - AFASTAMENTO DOS EFEITOS DA MORA - OCORRÊNCIA - PRECEDENTES - RECURSO IMPROVIDO. (STJ. 3ª Turma. AgRg no Ag 1094712/MS. Relator Ministro MASSAMI UYEDA. DJe 29.04.2009)

> REVISIONAL. ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA. MANUTENÇÃO NA POSSE. INSCRIÇÃO NOS ÓRGÃOS DE PROTEÇÃO AO CRÉDITO. REQUISITOS. DEPÓSITO DAS PARCELAS INCONTROVERSAS.
> - O bem dado em garantia fiduciária pode ser mantido na posse do devedor, desde que ele deposite em juízo a parte incontroversa da dívida. Para evitar sua inscrição nos cadastros restritivos de crédito o devedor deve consignar em juízo o montante incontroverso do débito. (STJ. 3ª Turma. AgRg no REsp 915831/RS. Relator Ministro Humberto Gomes de Barros DJU 19.12.2007, p. 1225)

> PROCESSUAL CIVIL. CONTRATO DE ARRENDAMENTO. "LEASING" DE VEÍCULO. AÇÃO DE CONSIGNAÇÃO EM PAGAMENTO. DESNECESSIDADE DE, JUNTAMENTE COM O DEPÓSITO, SER RESTITUÍDO O BEM. PRETENSÃO CREDITÍCIA QUE DEVE TER LUGAR EM AÇÃO PRÓPRIA. I. Incabível a pretensão do credor de que o devedor, ao consignar em ação cautelar as prestações do financiamento, no valor que entende devidas, concomitante restitua-lhe a posse do veículo arrendado. Tal postulação cabe ao arrendador, pela via processual própria. II. Recurso especial não conhecido. (STJ. 4ª Turma. REsp 222835/MS. Relator Ministro ALDIR PASSARINHO JUNIOR. DJU

> 20.05.2002, p. 145)

Colho julgados deste e. Tribunal de Justiça:

> […] MANUTENÇÃO NA POSSE. REQUISITO: DEPÓSITO DAS PARCELAS INCONTROVERSAS. […] - O bem dado em garantia fiduciária pode ser mantido na posse do devedor, desde que seja depositado em juízo a parte incontroversa da dívida. […] (TJCE. 6ª C. Cív. Apelação Cível nº 681002-98.2000.8.06.0001/1. Relator Desembargador CLÉCIO AGUIAR DE MAGALHÃES. DJCE 31.03.2010)

> […] (2)- É cabível provimento liminar acautelatório para fins de determinar o depósito das parcelas contratuais em valor que o demandante entende devido, ainda que inferior ao efetivamente pactuado com a instituição financeira, porquanto a consignação não se reveste de caráter liberatório, não advindo disso qualquer prejuízo ao credor. Se, eventualmente, na sentença, encontrar-se diferença, em favor do credor, este poderá executá-la, somando-se-lhe juros de mora e correção monetária. (3)- O depósito das parcelas impede a constituição em mora do devedor, bem como o ajuizamento de ações que o compilam à devolução do bem financiado. […] (TJCE. 2ª C. Cív. Agravo de Instrumento nº 21265-41.2008.8.06.0000/0. Relator Desembargador ADEMAR MENDES BEZERRA. DJCE 11.12.2009)

Outrossim, a diferença entre o valor que pretende consignar o arguente (R$ 483,77, fl. 45) e aquele previsto no pacto sub judice (R$ 670,34, fl. 45) não causa abalo à instituição financeira, que, desse modo, nenhum prejuízo sofrerá, até porque em caso de insucesso da demanda poderá cobrar do devedor o complemento deste último valor, mais os acréscimos legais.

Em remate, afigura-se presente o periculum in mora, uma vez que, ao ser apreendido o veículo financiado, com imediato leilão, tornar-se-á difícil restituir as partes ao status quo ante.

Sob tais fundamentos, dou provimento ao agravo, mantendo em todos os seus termos a liminar concedida às fls. 61-65.

É como voto.

PROCESSO Nº: 1143-70.2009.8.06.0000/0
TIPO: AGRAVO DE INSTRUMENTO COM PEDIDO DE EFEITO SUSPENSIVO
COMARCA: FORTALEZA
AGRAVANTE: ESTADO DO CEARÁ
AGRAVADO: ALEXANDRE LUÍS XIMENES DA SILVA
RELATOR: FRANCISCO AURICÉLIO PONTES

EMENTA: AGRAVO DE INSTRUMENTO INTERPOSTO CONTRA DECISÃO "A QUO" QUE DETERMINOU A MATRÍCULA DE CANDIDATO EM CURSO DE FORMAÇÃO DO CONCURSO PÚBLICO PARA PREENCHIMENTO DE VAGAS NO CARGO DE SOLDADO DA POLÍCIA MILITAR ESTADUAL - PERDA SUPERVENIENTE DE OBJETO DECORRENTE DO TÉRMINO DO CURSO PREPARATÓRIO, NO QUAL O CANDIDATO OBTEVE ÊXITO. INAPLICABILIDADE DA TEORIA DO FATO CONSUMADO - POSSE E NOMEAÇÃO DO APROVADO SOMENTE COM O TRÂNSITO EM JULGADO DA AÇÃO PRINCIPAL - PRECEDENTES.

- No caso em debate, conforme precedentes desta Corte, uma vez concluído o curso de formação para o qual fora deferida a medida judicial, ora atacada, com o único objetivo de permitir o ingresso do agravado na referida fase do certame, impõe-se reconhecer a perda superveniente do objeto desta irresignação, porquanto exauridos os efeitos da decisão recorrida, sem que isso configure a adoção da teoria do fato consumado, tese esta repelida pelos Tribunais Superiores.
- Assim, inobstante constate-se a prejudicialidade deste recurso, convém registrar que tal circunstância em nada interfere no exame de mérito da ação, quando da prolação da sentença, ocasião em que será apreciado, mediante recurso voluntário ou reexame necessário, o eventual direito subjetivo à nomeação e posse, que somente deve ocorrer com o trânsito em julgado do feito principal.
- Agravo de instrumento prejudicado por perda superveniente de objeto.

ACORDÃO

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de Agravo de Instrumento com pedido de efeito suspensivo de nº 1143-70-2009.8.06.0000/0, em que são partes as acima mencionadas.

Acordam, por unanimidade, os Excelentíssimos Senhores Desembargadores que compõem a 2ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, em julgar

prejudicado o presente agravo, nos termos do voto do relator.

Fortaleza, 21 de Setembro de 2011.

RELATÓRIO:

Trata-se de agravo de instrumento com pedido de efeito suspensivo interposto pelo Estado do Ceará contra decisão proferida pela MMa. Juíza de Direito em auxílio à 6ª Vara da Fazenda Pública, nos autos da ação de nº 2008.0040.2289-7-0, proposta por Alexandre Luís Ximenes da Silva.

Às fls. 69/74 destes autos, dormita a decisão recorrida por meio da qual a magistrada singular concedeu medida liminar "... a fim de determinar, ao ESTADO DO CEARÁ, que proceda à imediata inscrição do Autor no 'Curso de Formação e Treinamento Profissional' relativo ao concurso para provimento do Cargo de Soldado - PMCE...".

Irresignado com a manifestação monocrática, o Estado do Ceará interpôs o presente recurso, sob o argumento de que o impetrante, ora recorrido, não preencheu os requisitos necessários para a matrícula no curso de formação para o concurso da Polícia Militar, uma vez que não obteve a nota mínima exigida pelo edital do certame, diante do que requereu, inicialmente, a suspensividade da tutela combatida, e, no mérito, a total reforma da medida atacada.

Antes de apreciar o pedido inaugural do recorrente, a relatora antecessora, mediante despacho de fls. 158, requisitou informações ao juízo "a quo", além de determinar a intimação do agravado.

Sem contrarrazões (certidão de fl. 161).

Conforme noticia o Departamento Judiciário Cível, o juízo de origem deixou de apresentar as informações requisitadas (fl. 163).

A Douta Procuradoria Geral de Justiça opinou, às fls. 164/171, pelo improvimento do recurso.

É o breve relato.

Registre-se, inicialmente, que estando o presente recurso apto ao exame de mérito, desnecessária se torna a análise da medida suspensiva pretendida pelo recorrente.

Em síntese, a decisão recorrida assegurou ao interessado o direito de participar do curso de formação para o cargo de Soldado da Polícia Militar Estadual, sem que o pretendente tenha obtido o perfil classificatório mínimo exigido no edital do certame.

Embora, em diversos julgados, tenha esta relatoria firmado entendimento pela legalidade dos critérios utilizados pela Administração Pública quando limita o número de vagas para a fase seguinte de concurso público, na situação em destaque, tendo em vista que, na oportunidade adequada, não fora deferida a medida suspensiva pela relatora antecessora, entendo que desapareceu o interesse recursal neste tocante,

na medida em que a decisão hostilizada já operou os seus efeitos, devendo, se for o caso, a matéria ser atacada por recurso próprio, na espécie, apelação cível ou em sede de remessa necessária, se a ação principal for julgada procedente, oportunidade em que todos os temas levantados pelas partes serão novamente examinados.

Ocorre que é consabido o fato de que o conturbado concurso para o cargo de Soldado da Polícia Militar regido pelo edital de nº 01 PMCE de 09/07/2009, restou homologado, falecendo, portanto, ao agravante qualquer interesse recursal no que diz respeito aos específicos efeitos produzidos pela decisão recorrida.

Com efeito, a liminar cingiu-se a garantir o exclusivo objetivo de evitar o perecimento do possível direito perseguido pelo promovente, ora recorrido, não lhe conferindo, em consequência, qualquer direito subjetivo à nomeação ou posse.

Registre-se, por oportuno, que referido entendimento jamais justifica a aplicação da teoria do fato consumado, notadamente pelo fato de que, na esteira dos precedentes dos Tribunais Superiores, a mencionada teoria não mais se aplica em relação aos concursos públicos.

Neste tocante, convém consignar, que, no presente caso concreto, não há, em verdade, a aplicação da teoria do fato consumado, porquanto, embora tenha o requerente obtido medida judicial em seu favor para o prosseguimento no certame, não lhe restou, por outro lado, garantido o direito à posse e nomeação antes do trânsito em julgado da ação principal.

"Mutatis mutandis", corroborando o entendimento ora firmado, acosto, por oportuno, precedente da 3ª Câmara Cível desta Corte, sob a relatoria do eminente Des. Antônio Abelardo Benevides Moraes, quando do julgamento do agravo de instrumento com pedido de efeito suspensivo de nº: 19382-25.2009.8.06.0000/0, cuja ementa restou assentada, "in verbis":

> "EMENTA: AGRAVO DE INSTRUMENTO. CONCURSO PÚBLICO. TUTELA ANTECIPADA. NOMEAÇÃO E POSSE DE CANDIDATO 'SUB JUDICE'. IMPOSSIBILIDADE. ESGOTAMENTO DO OBJETO DA LIDE. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO. DECISÃO REFORMADA.
> 1. A tutela antecipada só deve ser concedida se presentes os requisitos do art. 273 do Código de Processo Civil, quais sejam, a verossimilhança das alegações do autor e a existência de dano irreparável ou de difícil reparação.
> 2. Após exame dos argumentos e as provas acostados aos autos, foi constatado que inexiste prova inequívoca suficiente para demonstrar a aparente veracidade das alegações do autor/recorrido, razão pela qual o magistrado "a quo" equivocadamente antecipou os efeitos da tutela pretendida.
> 3. A decisão interlocutória de nomeação e posse no cargo público, com sua característica de provisoriedade e também de reversibilidade, não deve possuir o condão de esgotar o objeto da ação, ou seja, conter evidente caráter de exaurir o objetivo perseguido na demanda judicial."

Assim, desapareceu o interesse recursal na medida em que a decisão hostilizada já operou todos os seus efeitos, devendo, se for o caso, a matéria ser atacada por recurso próprio, no caso, apelação cível ou em sede de reexame necessário, na hipótese de procedência da ação, oportunidade em que todos os temas levantados pelas partes serão novamente examinados, de acordo com o conjunto probatório produzido por quem de direito.

Neste sentido, acosto, por oportuno, precedente desta Corte, quando do julgamento do agravo de instrumento de nº 2006.0022.6475-7/0, perante este órgão fracionário, sob a relatoria do eminente Des. Francisco de Assis Filgueira Mendes, lavrado nos seguintes termos:

> "PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO DE INSTRUMENTO MANEJADO CONTRA 'DECISUM' DETERMINATIVO DA INSCRIÇÃO DO AGRAVADO NO CURSO DE FORMAÇÃO DE SARGENTOS. CONCLUSÃO DO CURSO. INEXISTÊNCIA DE INTERESSE RECURSAL. PERDA DE OBJETO DO IRRESIGNATÓRIO. EXTINÇÃO SEM RESOLUÇÃO DO MÉRITO, NOS TERMOS DO ART. 267, VI DO CPC." (TJCE. 2ª C. Cív. Processo nº 2006.0022.6475-7/0. Rel. Des. Francisco de Assis Filgueira Mendes, DJCE nº 58, de 28.08.2008, pág. 16).

Reitere-se que o decisório impugnado apenas determinou a permanência do autor no certame, em caráter "sub judice", até ulterior deliberação do juízo de origem, não lhe garantindo, assim, qualquer direito subjetivo correspondente à nomeação ou posse, daí porque a medida combatida não pode ser considera irreversível.

Em outras palavras, não há, neste momento, o alegado perigo da demora em favor do agravante, uma vez que, segundo firme jurisprudência sobre o tema, o recorrido somente terá direito subjetivo à nomeação e posse, após o julgamento definitivo da demanda, não implicando a presente situação em qualquer forma de prejuízo ao erário.

Logo, eventual lesão a ser discutida nestes fólios já se exauriu em definitivo, uma vez que o mandamento da decisão operou efeitos com a finalização do referido certame, falecendo interesse processual para o exame do presente recurso, por perda superveniente de objeto, o que não impede, de forma alguma, a análise de toda a matéria em decorrência de interposição de recurso contra a sentença a ser proferida posteriormente ou, ainda, em decorrência da remessa obrigatória.

Diante de todo o exposto, com esteio nos precedentes citados, voto no sentido de reconhecer a prejudicialidade deste agravo.

É como voto, Senhor Presidente.

Fortaleza, 21 de Setembro de 2011.

PROCESSO Nº 20853-13.2008.8.06.0000/0
AGRAVO DE INSTRUMENTO
AGRAVANTE: MARIA DA CONCEIÇÃO DA SILVEIRA FEINGOLD
AGRAVADO: FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RELATORA: DESa. MARIA NAILDE PINHEIRO NOGUEIRA

EMENTA: DIREITO PREVIDENCIÁRIO. CIVIL. PROCESSUAL CIVIL. ALEGAÇÃO DE IMPENHORABILIDADE DOS PROVENTOS DE APOSENTADORIA PELO SEU CARÁTER ALIMENTAR. TESE ACOLHIDA. MEDIDA CONSTRITIVA INCIDIR SOMENTE SOBRE DETERMINADOS VALORES, EXCLUÍDOS OS PERCEBIDOS COMO APOSENTAÇÃO. POSSIBILIDADE. AGRAVO CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO.
1. Os proventos de aposentadoria têm natureza alimentar, portanto, são impenhoráveis. Precedentes.
2. No caso em exame a agravante auferia outros ganhos que não os proventos de aposentadoria. Possibilidade de incidência da penhora sobre determinados montantes da conta bloqueada.
3. Recurso conhecido e parcialmente provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de Agravo de Instrumento nº 20853-13.2008.8.06.0000/0, em que são partes os acima indicados, acorda a Turma Julgadora da Segunda Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, à unanimidade de votos, em conhecer do recurso para dar-lhe parcial provimento, nos termos do voto da Relatora.

RELATÓRIO

Trata-se de agravo de instrumento aforado contra decisório prolatado nos autos do Processo nº 2005.00159636-7 , em trâmite perante a 4ª Vara de Execuções Fiscais da Comarca de Fortaleza vazada nos seguintes termos:

> “ Tendo em vista que o devedor tributário, devidamente citado, não pagou nem apresentou bens à penhora no prazo legal, e não foram encontrados bens penhoráveis, defiro o requerimento da Fazenda Pública e determino a indisponibilidade dos ativos financeiros em nome do executado e dos co-responsáveis, limitada ao valor total exigível, indicado na execução,

> conforme dispõe o art. 185-A do Código Tributário Nacional c/c o art.655-A, do Código de Processo Civil". [sic] (fls.44)

Em suma, propugna a agravante pela impenhorabilidade das verbas recebidas a título de proventos de aposentadoria dada a sua natureza alimentar. Alega sofrer problemas psicológicos e que os recursos da conta ora bloqueada são os únicos que aufere, destinando-se à compra de remédios e outros itens de subsistência e a continuidade da medida restritiva imporia sérias privações, malferindo assim o princípio da dignidade da pessoa humana.

Com esses argumentos, pugna pela concessão do efeito suspensivo ao presente agravo e, no mérito, pela reforma da decisão liminar do juízo de 1º grau.

Acostou à exordial a documentação de fls. 15/ 53.

Pleito de suspensividade acolhido em parte às fls.57/59, pelo então relator Des. João de Deus Barros Bringel

Regularmente intimado, o agravado apresentou contraminuta, fls.73/74, ratificando a legalidade da medida liminar constritiva concedida pelo juízo a quo, por conseguinte rogando pela manuntenção da decisão ora vergastada.

É o conciso relatório, apenas no que de essencial.

VOTO

Na hipótese em exame, pode se deduzir dos autos a possibilidade de reforma da decisão ora agravada e o consequente parcial provimento do presente agravo, haja vista a lesão de grave ou difícil reparação que a manutenção do decisum a quo poderia trazer à agravante.

No presente caso, entendo correta a alegação de impenhorabilidade dos proventos de aposentadoria, seguindo esteira jurisprudencial majoritária nas cortes brasileiras, bem como orientação expressa no art. 649, III do Código de Processo Civil. Os recursos percebidos a título de aposentação revestem-se de caráter alimentar não se submetendo, assim, às medidas de constrição estabelecidas no arcabouço normativo brasileiro.

Ressalte-se, contudo, que o extrato de movimentação bancária da ora agravante não se resume à valores correspondentes à sua aposentação. Em vários momentos nos colacionados documentos financeiros, nota-se a efetivação de depósitos bancários no valor de R$ 500,00 (quinhentos reais). Mostrando que a conta da agravada não recebe somente verbas alimentares de aposentadoria.

Portanto, entendo perfeitamente possível a medida constritiva da penhora on-line (BACENJUD) recair sobre a referida conta-corrente, excluídos os valores a título de aposentadoria.

Dessa forma, o pensamento deste Egrégio Tribunal de Justiça, pela possibilidade do "fracionamento" da penhora realizada:

Ementa: AGRAVO DE INSTRUMENTO. [12]PENHORA. DEPÓSITOS BANCÁRIOS EM POUPANÇA PROVENIENTES DE VERBA DE NATUREZA ALIMENTAR. PROVA INSUFICIENTE CADERNETA DE POUPANÇA. BLOQUEIO DE NUMERÁRIO EXCEDENTE A QUARENTA SALÁRIOS MÍNIMOS. POSSIBILIDADE. ART. 649, X, DO CPC. INCIDÊNCIA. AGRAVO CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO.

1 - 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. A decisão agravada possui base legal apenas em parte, notadamente porque deixou de aplicar o art. 649, X, do Código de Processo Civil, deixando bloqueado para ulterior penhora apenas o valor existente em conta-corrente.

2 - Os valores depositados em contas bancárias, os quais, na ordem de preferência, estão em primeiro lugar, podem ser objeto de penhora, podendo a mesma ser realizada, inclusive, por meio do sistema BACEN/JUD, ou seja, de forma on line.

3 - Inexistindo prova de que os valores depositados na conta poupança do agravado são frutos de verba de natureza salarial, não se pode invocar a aplicação do art. 649, IV, do Código de Ritos, que protege da penhora tais valores.

4 - A lei processual civil põe a salvo da penhora os valores depositados em conta poupança cujo montante não ultrapasse o equivalente a quarenta salários mínimos.

5 - Aplicando-se ao art. 649, X, do Código de Processo Civil, observa-se que o limite a ser protegido da penhora no caso em comento é R$ 18.600,00 (dezoito mil e seiscentos reais), valor impenhorável que corresponde a exatos quarenta salários mínimos conforme disposição legal.

6 - A diferença entre o valor depositado na caderneta de poupança (R$ 33.546,83) e o valor impenhorável (R$ 18.600,00) corresponde a R$ 14.946,83 (quatorze mil, novecentos e quarenta e seis reais e oitenta e três centavos), devendo sobre esta última quantia recair o bloqueio e a ulterior penhora, feitas as devidas proporções acerca dos respectivos rendimentos daí decorrentes.

7 - A decisão agravada merece reforma apenas em parte, especificamente quanto à determinação de desbloqueio dos valores constantes em caderneta de poupança do agravado, devendo ser mantida a determinação de bloqueio do numerário existente em conta-corrente.

8 - Agravo conhecido e parcialmente provido. Decisão de Primeiro Grau reformada em parte.**Relator(a):** FRANCISCO SALES NETO **Órgão julgador:** 1ª Câmara Cível **Data do julgamento:** 20/04/2009 **Data de registro:** 27/04/2009[1]

1 Agravo de Instrumento 2792988200880600000

2 Ramos, André Luiz Santa Cruz . Direito Empresarial Esquematizado. Editora Método. Pág.. 72 e 73.

Por todo o exposto, conheço e dou parcial provimento ao agravo para o fim específico de reformar parcialmente a decisão do juízo a quo, determinando que se exonere do efeito constritivo da penhora somente o numerário relativo a aposentadoria da agravante, permanecendo o resto indisponível.

É como voto.

Fortaleza, 11 de outubro de 2011.

Processo: 0002291-48.2011.8.06.0000 – Agravo de Instrumento
Agravante: Banco Moneo S/A
Agravado: Edilsa Alves da Silva Lima
Relatora: Desa. Maria Nailde Pinheiro Nogueira

EMENTA: AGRAVO DE INSTRUMENTO. REVISIONAL. DEFERIMENTO DE LIMINAR PARA EXCLUSÃO DE CADASTRO DE INADIMPLENTES E AUTORIZAÇÃO DE DEPÓSITO DE PARCELAS INCONTROVERSAS, LEVANDO-SE EM CONSIDERAÇÃO PLANILHA FORMULADA UNILATERALMENTE. AUSÊNCIA DE PLAUSIBILIDADE NAS ALEGAÇÕES MANEJADAS NA EXORDIAL. CONTRASTE COM A JURISPRUDÊNCIA DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO CEARÁ E DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. AGRAVO CONHECIDO E PROVIDO.

1. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça já se firmou no sentido de que a exclusão de inadimplentes de cadastros de proteção ao crédito exige o preenchimento concomitante dos seguintes requisitos: "a) que haja ação proposta pelo devedor contestando a existência integral ou parcial do débito; b) que haja efetiva demonstração de que a contestação da cobrança indevida se funda na aparência do bom direito e em jurisprudência consolidada do Supremo Tribunal Federal ou do Superior Tribunal de Justiça; c) que, sendo a contestação apenas de parte do débito, deposite o valor referente à parte tida por incontroversa, ou preste caução idônea, ao prudente arbítrio do magistrado" (REsp 527.618, RS, Relator Ministro Cesar Asfor Rocha, DJ de 24.11.2003).
2. Na espécie, não há plausibilidade nas alegações formuladas na inicial, sobretudo porque deixam de levar em consideração a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça a propósito da possibilidade de capitalização mensal de juros nos contratos firmados após a edição da Medida Provisória nº 1.963-17, de 30 de março de 2000, além da projeção normativa da súmula vinculante nº 7 do Supremo Tribunal Federal.
3. Decisão, ademais, que se baseia em planilha unilateralmente produzida, sem a participação da parte contrária e, portanto, ofensiva ao contraditório, nos termos de jurisprudência do TJCE, de modo que "A manutenção do bem objeto do litígio na posse do agravante, assim como a sua exclusão dos cadastros de proteção ao crédito dependem do depósito judicial do valor correspondente à integralidade das parcelas contratadas. (...) (Agravo de Instrumento 4705386201080600000; Relator(a): ADEMAR MENDES BEZERRA; Comarca: Fortaleza; Órgão julgador: 2ª Câmara Cível; Data de registro: 27/01/2011.
4. Agravo conhecido e provido.

ACÓRDÃO:

Vistos, relatados e discutidos os autos em epígrafe, ACORDAM os Desembargadores que compõem a 2ª Câmara Cível em conhecer e dar provimento ao Agravo de Instrumento nº 0002291-48.2011.8.06.0000/0, para o fim específico de reformar a decisão agravada, indeferindo a postulação liminar formulada no âmbito da ação de origem, tudo nos termos do voto da Desa. Relatora.

Fortaleza,26 de outubro de 2011.

RELATÓRIO

Cogita-se de Agravo de Instrumento interposto por BANCO MONEO S/A em face de EDILSA ALVES DA SILVA LIMA impugnando decisão da lavra do juízo da vara única da Comarca de Jaguaribe-CE que, nos autos da ação de origem, deferiu medida liminar em favor desta última para retirar seu nome dos cadastros de inadimplentes, realizar o depósito incidental dos valores que a Autora entendesse devidos retroativos à data de propositura da ação e, ainda, todas a parcelas vincendas até a prolação da sentença de mérito.

Contra esta decisão, a instituição financeira Agravante argumenta, em síntese: i) inaplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor, tendo em vista que o bem em litígio não foi adquirido para fins de utilização como destinatário final, mas para realização de serviços de transporte de pessoas; ii) que a juntada de uma planilha unilateral não poderia ser tomada como referencial para fins de fixação da parcela correta no âmbito do contrato, sobretudo em razão do fato de que não havia ainda se formado o contraditório; iii) não preenchimento dos três requisitos necessários ao deferimento do pleito formulado pela parte autora, notadamente a ausência de prestação de caução, além da ausência de plausibilidade do direito invocado; iv) irreversibilidade da medida deferida.

Por tais razões, postula, liminarmente, o deferimento de medida suspensiva com fundamento no art. 558, do Código de Processo Civil e, no mérito, o provimento do agravo, para fins de reforma da decisão.

Não houve concessão liminar de efeito suspensivo (fl. 151).

Embora regularmente intimada, a parte Agravada deixou transcorrer in albis o prazo para adversar os termos do agravo (fl. 153).

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 mérito, o Agravo merece ser provido. É que decisão ora impugnada, primeiramente, divorciou-se, de fato, da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, que já se firmou no sentido de que **a exclusão de inadimplentes de cadastros de proteção ao crédito exige o preenchimento concomitante dos seguintes requisitos**: "a) que haja ação proposta pelo devedor contestando a existência integral ou parcial do débito; b) **que haja efetiva demonstração de que a contestação da cobrança indevida se funda na aparência do bom direito e em jurisprudência consolidada do Supremo Tribunal Federal ou do Superior Tribunal de Justiça; c) que, sendo a contestação apenas de parte do débito, deposite o valor referente à parte tida por incontroversa, ou preste caução idônea, ao prudente arbítrio do magistrado**" (REsp 527.618, RS, Relator Ministro Cesar Asfor Rocha, DJ de 24.11.2003)

É neste sentido que se revelam as mais recentes ementas daquela Corte Superior, verbis:

> AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO ESPECIAL. BANCÁRIO. CONTRATO EM REVISÃO. INSCRIÇÃO EM CADASTRO DE PROTEÇÃO AO CRÉDITO. AUSÊNCIA DE PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS ESTIPULADOS PELA SEGUNDA SEÇÃO. 1. Só é permitida a exclusão do nome do devedor dos cadastros de inadimplentes, quando implementadas, concomitantemente, as seguintes condições: (a) o ajuizamento de ação pelo devedor, contestando a existência parcial ou integral do débito, (b) a efetiva demonstração de que a contestação da cobrança indevida funda-se na aparência do bom direito e em jurisprudência consolidada do Supremo Tribunal Federal ou do Superior Tribunal de Justiça e, (c) sendo a contestação apenas de parte do débito, o depósito do valor referente à parte tida por incontroversa, ou preste caução idônea, ao prudente arbítrio do magistrado. 2. Precedentes específicos desta Corte. 3. Agravo regimental não provido. (AgRg no REsp 855.349/PR, Rel. Ministro PAULO DE TARSO SANSEVERINO, TERCEIRA TURMA, julgado em 04/11/2010, DJe 25/11/2010)
>
> AGRAVO REGIMENTAL. CADASTRO EM ÓRGÃO DE PROTEÇÃO AO CRÉDITO. EXCLUSÃO. REQUISITOS. SÚMULAS NS. 5 E 7 DO STJ. 1. A concessão de medida cautelar para excluir cadastro em órgão restritivo de crédito deve observar os seguintes requisitos: a) existência de ação proposta pelo devedor em que é questionada a existência integral ou parcial do débito; b) efetiva demonstração de que a contestação da cobrança indevida funda-se na aparência do bom direito e em entendimento consolidado do STF ou do STJ; e c) sendo questionado apenas parte do débito, depósito do valor referente à parte tida por incontroversa ou prestação de caução idônea ao prudente arbítrio do magistrado. Precedentes. 2. O reexame de provas e cláusulas contratuais é procedimento incompatível com a finalidade do recurso especial. 3. Agravo regimental desprovido. (AgRg no Ag 1080833/PR, Rel. Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA,

> QUARTA TURMA, julgado em 06/05/2010, DJe 17/05/2010)
>
> AGRAVO REGIMENTAL. EXCLUSÃO DO NOME DO DEVEDOR DE CADASTRO DE PROTEÇÃO AO CRÉDITO. REQUISITOS. DESCABIMENTO. 1. O ajuizamento de ação ordinária, por si só, não tem o condão de gerar direito ao devedor a suspender o registro de seu nome em cadastro de inadimplentes, caso não estejam preenchidos os seguintes requisitos: "a) que haja ação proposta pelo devedor contestando a existência integral ou parcial do débito; b) que haja efetiva demonstração de que a contestação da cobrança indevida se funda na aparência do bom direito e em jurisprudência consolidada do Supremo Tribunal Federal ou do Superior Tribunal de Justiça; c) que, sendo a contestação apenas de parte do débito, deposite o valor referente à parte tida por incontroversa, ou preste caução idônea, ao prudente arbítrio do magistrado" (REsp 527.618, RS, Relator Ministro Cesar Asfor Rocha, DJ de 24.11.2003). 2. Agravo regimental a que se nega provimento. (AgRg no Ag 980.436/RS, Rel. Ministro VASCO DELLA GIUSTINA (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/RS), TERCEIRA TURMA, julgado em 18/02/2010, DJe 05/03/2010)

Seguindo semelhante diretriz revela-se a seguinte ementa desta 2ª Câmara Cível, em processo da relatoria do Des. Ademar Mendes Bezerra, a qual ilustrativamente transcrevo, verbis:

> Ementa: PROCESSUAL CIVIL. REVISIONAL. INSCRIÇÃO DA EMPRESA DEVEDORA EM CADASTRO DE PROTEÇÃO AO CRÉDITO. NECESSIDADE DE DEPÓSITO DO VALOR INCONTROVERSO OU DE PRESTAÇÃO DE CAUÇÃO IDÔNEA. PRECEDENTES JURISPRUDENCIAIS. RECURSO CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO. I - O Superior Tribunal de Justiça já firmou entendimento de que nas ações revisionais de contrato ou similares, para que seja impedido o registro de inadimplentes nos cadastros de proteção ao crédito, é necessário que o devedor deposite o valor correspondente à parte reconhecida do débito ou preste caução idônea. II - Recurso conhecido e parcialmente provido. (Agravo de instrumento com pedido de efeito suspensivo 1139715200380600000; Relator(a): ADEMAR MENDES BEZERRA; Órgão julgador: 2ª Câmara Cível; Data do julgamento: 13/01/2010; Data de registro: 01/02/2010)

Veja-se, sob tal enfoque, que as alegações formuladas na inicial se baseiam em planilha formulada unilateralmente pela parte autora, sem qualquer participação do credor, levando-se em consideração, ainda, argumentos normativos contrastantes com a jurisprudência mais recente do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal a propósito do cálculo de juros e demais verbas contratuais pretensamente ilegais.

Neste sentido, esta Corte de Justiça, em especial a 2ª Câmara Cível, tem considerado, por sucessivas vezes, inverossímeis as alegações que se fundam em cálculos unilaterais, que, por vezes, desconsideram a jurisprudência do Superior

Tribunal de Justiça a propósito da possibilidade de capitalização mensal de juros após a entrada em vigor da Medida Provisória nº 1.963-17, de 30 de março de 2000 e da incidência da súmula vinculante nº 7 do Supremo Tribunal Federal, que versa sobre a eficácia do §3º, do art. 192 da Constituição Federal.

Cito, para fins de ilustração, a seguinte ementa, representativa do entendimento desta Câmara, em processo da Relatoria do Exmo. Des. Ademar Mendes Bezerra, *verbis*:

> Ementa: PROCESSO CIVIL. AÇÃO REVISIONAL DE CLÁUSULAS DE CONTRATO DE FINANCIAMENTO BANCÁRIO. ALEGAÇÃO DE NULIDADE. PROPOSIÇÃO DE DEPOSITAR, JUDICIALMENTE, O VALOR DAS PARCELAS APURADO EM CÁLCULO UNILATERAL NO QUAL FORAM APLICADOS JUROS SOBRE O PRINCIPAL DA DÍVIDA. PEDIDO DE ELIMINAÇÃO DA CAPILIZAÇÃO MENSAL DOS JUROS. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA VINCULANTE Nº 7 DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. HIGIDEZ DA TAXA DE JUROS CONTRATADA. CONTRATO ASSINADO APÓS A MEDIDA PROVISÓRIA Nº 1.963-17, DE 30 DE MARÇO DE 2000. AUSÊNCIA DE VEROSSIMILHANÇA DO DIREITO, NESTES PARTICULARES. INCIDÊNCIA DA SÚMULA Nº 380 DO STJ. - Ao propor a ação revisional de cláusulas de contrato de financiamento bancário o autor imputou como nula a capitalização de juros em período inferior a um ano, requerendo a eliminação, da evolução contratual, da capitalização mensal dos juros, enquanto tal hipótese é permitida após a vigência da Medida Provisória nº nº 1.963-17, de 30 de março de 2000, e o instrumento obrigacional foi firmado no ano de 2007. - Segundo vige a Súmula Vinculante nº 7 do Supremo Tribunal Federal "a norma do § 3º do artigo 192 da Constituição, revogada pela Emenda Constitucional nº 40/2003, que limitava a taxa de juros reais a 12% ao ano, tinha sua aplicação condicionada à edição de lei complementar". - A Súmula nº 380 do STJ determina que "a simples propositura da ação de revisão de contrato não inibe a caracterização da mora do autor (Súmula 380, SEGUNDA SEÇÃO, DJe 05/05/2009)". - Portanto, não se configura a verossimilhança do direito postulado pelo autor para depositar judicialmente o valor das parcelas de acordo com planilha de cálculos por si apresentada, pois sobre o principal, nesta etapa inicial de cognição processual, deve incidir a taxa de juros contratada e a capitalização mensal dos juros. - A manutenção do bem objeto do litígio na posse do agravante, assim como a sua exclusão dos cadastros de proteção ao crédito dependem do depósito judicial do valor correspondente à integralidade das parcelas contatadas. Agravo conhecido, mas desprovido. (Agravo de Instrumento 4705386201080600000; Relator(a): ADEMAR MENDES BEZERRA; Comarca: Fortaleza; Órgão julgador: 2ª Câmara Cível; Data de registro: 27/01/2011)

Levando-se em consideração, assim, que o contrato foi firmado após a edição da Medida Provisória nº 1.963-17, de 30 de março de 2000 e que as alegações veiculadas na inicial da Ação Revisional carecem de plausibilidade, é de se reformar a

decisão para adequá-la ao entendimento desta Corte e do Superior Tribunal de Justiça.

NESSAS CONDIÇÕES, conheço e dou provimento ao Agravo, a fim de reformar a decisão agravada para indeferir a postulação liminar esgrimida na Ação Revisional, levando-se em consideração os argumentos aqui delineados.

É como voto, Sr. Presidente.

Fortaleza, 26 de outubro de 2011.

PROCESSO Nº 23055-31.2006.8.06.0000/0
AGRAVO DE INSTRUMENTO DA COMARCA DE FORTALEZA
AGRAVANTE: ESTADO DO CEARÁ
AGRAVADOS: RONALDO EVANGELISTA TORRES E ROGÉRIO EVANGELISTA TORRES
ÓRGÃO JULGADOR: 3ª CÂMARA CÍVEL
RELATOR: DES. FRANCISCO GLADYSON PONTES

EMENTA: PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. AGRAVO DE INSTRUMENTO. EX-SÓCIOS-GERENTES QUE FIGURAM NO POLO PASSIVO DE PROCESSO EXECUTIVO FISCAL. ILEGITIMIDADE PASSIVA ARGUIDA EM EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE. POSSIBILIDADE. ALEGADA RESPONSABILIDADE PESSOAL DOS SÓCIOS-GERENTES (ART. 135, CAPUT, III, DO CTN) PELA FAZENDA PÚBLICA. CASO EM QUE A SIMPLES PRESENÇA DOS SÓCIOS-GERENTES NA CDA NÃO TEM O CONDÃO DE ATRIBUIR-LHES RESPONSABILIDADE PESSOAL PELO DÉBITO TRIBUTÁRIO. AUSÊNCIA DE INDÍCIOS DE MÁ-FÉ DOS SÓCIOS-GERENTES. NÃO COMPROVAÇÃO DA ALEGAÇÃO PELO ENTE FAZENDÁRIO. PRECEDENTES. RECURSO CONHECIDO E IMPROVIDO.

1. A exceção de pré-executividade constitui incidente processual objeto de construção doutrinária e jurisprudencial, não tendo previsão legal. É admissível a sua oposição por simples petição, a qualquer tempo, sem prévia segurança do juízo.
2. Malgrado serem os embargos à execução o meio de defesa próprio da execução fiscal – arts. 16, § 3º e 38, do Código Tributário Nacional – forçoso é concluir pela admissibilidade estreita das hipóteses em que é cabível a exceção de pré-executividade, situações estas em que não se faz necessária dilação probatória ou em que as questões possam ser conhecidas de ofício pelo magistrado, como as condições da ação, a decadência, a prescrição, e a ilegitimidade passiva.
3. *In casu*, o agravante busca a possibilidade de cobrar integralmente de ex-sócios de sociedade empresária tributo por ela não recolhido.
4. O Código Tributário Nacional, ao disciplinar a responsabilidade pessoal dos sócios, no art. 135, indica que, para que haja a responsabilidade tributária dos sócios hão de concorrer dois requisitos: a) a prática de atos dolosos que culminem no inadimplemento da dívida tributária; e, b) o poder de gestão do sócio
5. O dispositivo referido trata, portanto, da responsabilidade

por substituição, pessoal e subjetiva do sócio. Assim, não há falar em responsabilidade presumida ou objetiva do sócio-gerente, na hipótese do não pagamento do tributo da pessoa jurídica. Não há, no ordenamento jurídico pátrio, a previsão de responsabilidade objetiva para essas hipóteses do art. 135, *caput*, do CTN. Portanto, é necessária a comprovação da má-fé.
6. Somente caberá aos sócios-gerentes o ônus de comprovar que não agiram de má-fé caso hajam indícios de comportamentos contrários à lei, ao contrato social ou estatutos, e no caso de terem agido com excesso de poderes (art. 135, *caput*, inciso III, do CTN). A jurisprudência dominante também inclui, nessas circunstâncias, o caso da sociedade que se extingue irregularmente, situação que ensejará aos respectivos sócios o ônus de provar que não agiram com dolo, culpa, fraude ou excesso de poder, para se eximirem da obrigação.
7. Tais hipóteses, sejam as do art. 135, *caput*, inciso III, do CTN, seja a da dissolução irregular de sociedade, não se extraem desses autos. E a Fazenda Pública, por outro lado, não se desincumbiu de tal comprovação (art. 333, I, do CPC). Realmente, constituiria verdadeiro despautério imputar ao sujeito passivo o ônus de produzir prova contra si próprio, caso houvesse agido de má-fé, ou, se não, comprovar fato negativo.
8. A ação executiva está instruída com títulos executivos que não gozam de exigibilidade em relação aos agravados (art. 204, do Código Tributário Nacional e art. 3º, da Lei nº 6.830/80), por não haver indícios de comportamentos malsinados por parte daqueles, ausente a comprovação pelo ente fazendário, não podendo prevalecer a pretensão do agravante.
9. Agravo de instrumento conhecido e improvido.

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, em CONHECER do Agravo de Instrumento para NEGAR-LHE PROVIMENTO, nos termos do voto do Relator, que faz parte desta decisão.

RELATÓRIO

Trata-se de Agravo de Instrumento interposto pelo ESTADO DO CEARÁ, contra decisão do juízo da 3ª Vara de Execuções Fiscais e de Crimes contra a Ordem Tributária da Comarca de Fortaleza, objetivando a reforma da decisão interlocutória de

fls. 101/105, nos autos da Ação de Execução Fiscal movida pelo agravante, em desfavor de RONALDO EVANGELISTA TORRES e ROGÉRIO EVANGELISTA TORRES.

Em suas razões recursais, o agravante insurge-se contra o decisum hostilizado por ter o juízo recorrido acolhido, integralmente, o pedido dos agravados formulado em sede de exceção de pré-executividade, o que acarretou a exclusão de Ronaldo Evangelista Torres e Rogério Evangelista Torres do polo passivo da demanda fiscal.

O agravante alega o descabimento de exceção de pré-executividade contra a Fazenda Pública, invocando os arts. 16, § 3º e 38, da Lei 6.830/80. Consigna, ainda, que mesmo se admissível fosse, não teria cabimento no caso telado, porquanto as alegações dos agravados ensejam a produção de provas, sendo inadequada a via eleita. Quanto ao aspecto meritório, informa que os débitos tributários da empresa a qual faziam parte os agravados – BIG FREEZER IND. E COM. DE CONGELADOS LTDA. - , remontam à época em que os mesmos eram sócios-gerentes da empresa, indicando a coobrigação dos recorridos. Pontua, no caso, a possibilidade do redirecionamento da responsabilidade tributária da empresa para os sócios-gerentes, em consonância ao disposto no art. 135, do Código Tributário Nacional. Por fim, requer a reforma da decisão agravada.

Recurso devidamente instruído com as peças obrigatórias e necessárias ao deslinde da questão.

Instados a se manifestarem, os agravados apresentaram contrarrazões, requerendo a manutenção do decisum recorrido (fls. 122/127 e 160/163).

Parecer da Procuradoria de Justiça consta às fls. 173/180, pugnando, o douto Procurador de Justiça, pelo provimento do agravo de instrumento, à luz do art. 135, do Código Tributário Nacional.

É o relatório.

Incluídos em pauta para julgamento.

VOTO

Conheço do agravo de instrumento, pois adequado e tempestivo, bem como por atender os requisitos específicos do recurso.

A pretensão recursal não merece acolhida.

A exceção de pré-executividade constitui incidente processual objeto de construção doutrinária e jurisprudencial, não tendo previsão legal. É admissível a sua oposição por simples petição, a qualquer tempo, sem prévia segurança do juízo.

Malgrado serem os embargos à execução o meio de defesa próprio da execução fiscal – arts. 16, § 3º e 38, do Código Tributário Nacional – forçoso é concluir pela admissibilidade estreita das hipóteses em que é cabível a exceção de pré-executividade, situações estas em que não se faz necessária dilação probatória ou em que as questões possam ser conhecidas de ofício pelo magistrado, como as condições da ação, a decadência, a prescrição, e a ilegitimidade passiva. Sobre a temática esta Corte

assim se manifestou:

> PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. EXECUÇÃO FISCAL. EXCEÇÃO DE □□PRÉ-EXECUTIVIDADE. REJEIÇÃO. - Forçoso concluir que a ação executiva está instruída com título executivo extrajudicial, ou seja, Certidão da Dívida Ativa. - A arguição de nulidade da cártula extrajudicial que embasou a ação executiva fiscal não prevalece, eis que atende aos requisitos previstos no art. 202 do Código Tributário Nacional em combinação com os arts. 2º e 6º da Lei nº 6.830/80, não constituindo ofensa aos princípios da ampla defesa e do contraditório a ausência de anexação do memorial descritivo do débito tributário, bastando haver indicação dos diplomas legais que fundamentam a cobrança dos encargos incidentes sobre a exação tributária. - A jurisprudência pátria admite o incidente da exceção de □□pré-executividade desde que a mácula que infirme o título executivo seja verificável de plano e não seja necessária a dilação probatória, especialmente em cotejo com o art. 16, §3º, da Lei nº 6.830/80, por se tratar de execução fiscal. (…) AGRAVO CONHECIDO E NÃO PROVIDO. (Agravo de Instrumento nº 649691200980600000, Relator Francisco de Assis Filgueira Mendes, 2ª Câmara Cível, Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, Registrado em 04/05/2011)

À similitude, vejamos o seguinte aresto do Superior Tribunal de Justiça:

> TRIBUTÁRIO. EXECUÇÃO FISCAL. SUSPENSÃO DA EXIGIBILIDADE DO TÍTULO EXECUTIVO. REEXAME DE PROVAS. SÚMULA Nº 07/STJ. EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE. NECESSIDADE DE DILAÇÃO PROBATÓRIA. I - O acórdão recorrido julgou a lide com base na análise do conjunto fático-probatório dos autos, no sentido de que a suspensão da exigibilidade do título não ficou provada, eis que não há comprovação de que o depósito judicial efetivado diga respeito à dívida discutida na presente execução fiscal, sendo que, para rever tal posicionamento, seria necessário o seu reexame, que serviu de sustentáculo ao convencimento do julgador, ensejando, no caso, a incidência da Súmula nº 07/STJ. II - A exceção de pré-executividade é admitida em sede de execução fiscal, com cautela, pois o artigo 16, § 3º, da Lei nº 6.830/80 determina expressamente que a matéria de defesa deve ser arguida em embargos. III - A jurisprudência desta Corte restringe a exceção de pré-executividade às matérias de ordem pública e aos casos em que o reconhecimento da nulidade do título puder ser verificada de plano. (...) Precedentes: REsp nº 336.468/DF, Rel. Min. FRANCIULLI NETTO, DJ de 30/06/03 e REsp nº 287.515/SP, Rel. Min. ELIANA CALMON, DJ de 29/04/02. V - Agravo regimental improvido." (AgRg no REsp 821.335/SP, Rel. Min. FRANCISCO FALCÃO, 1ª Turma, DJ 11.05.2006 p. 176)

In casu, o agravante busca a possibilidade de cobrar integralmente de ex-sócios de sociedade empresária tributo por ela não recolhido.

Ronaldo Evangelista Torres e Rogério Evangelista Torres retiraram-se da sociedade empresária, BIG FREEZER IND. E COM. DE CONGELADOS LTDA., nos

dias 10 de outubro de 1997 e 29 de julho de 1998, respectivamente (fls. 71/74). A dívida tributária, contida nas Certidões de Dívida Ativa de fls. 14/15, refere-se aos períodos de dezembro de 1994 e outubro de 1996, inscritas, respectivamente, à vista dos elementos constantes dos Autos de Infração nº. 000267345 e nº. 009801031.

É bom frisar que em qualquer espécie de sociedade empresária, é o patrimônio social que responde pelas dívidas sociais. Esta é a regra. Não fosse assim, restaria esvaziada a instituição pessoa jurídica como entidade autônoma. Resta-nos consignar que a responsabilidade pessoal do sócio é exceção, e deverá estar prescrita em lei.

O Código Tributário Nacional, ao disciplinar a responsabilidade pessoal dos sócios, no art. 135, indica que, para que haja a responsabilidade tributária dos sócios hão de concorrer dois requisitos: a) a prática de atos dolosos que culminem no inadimplemento da dívida tributária; e, b) o poder de gestão do sócio. Diz assim o dispositivo legal:

> Art. 135. São pessoalmente responsáveis pelos créditos correspondentes a obrigações tributárias resultantes de atos praticados com excesso de poderes ou infração de lei, contrato social ou estatutos:
> I - as pessoas referidas no artigo anterior;
> II - os mandatários, prepostos e empregados;
> III - os diretores, gerentes ou representantes de pessoas jurídicas de direito privado.

O ilustre Prof. Hugo de Brito Machado conclui da seguinte forma:

> De todos esses dispositivos legais se conclui que a regra é a de que os diretores, gerentes ou representantes de pessoas jurídicas de direito privado não respondem pessoalmente pelos tributos devidos por tais pessoas jurídicas. E a exceção é a de que existirá tal responsabilidade em se tratando de créditos decorrentes de obrigações tributárias resultantes de atos praticados com excesso de poderes ou infração de lei, contrato social ou estatutos.

O dispositivo referido trata, portanto, da responsabilidade por substituição, pessoal e subjetiva do sócio. Aqueles que agem de má-fé deverão carregar, por inteiro, o peso da responsabilidade tributária decorrente da prática de atos sob aquelas circunstâncias.

Assim, não há falar em responsabilidade presumida ou objetiva do sócio-gerente, na hipótese do não pagamento do tributo da pessoa jurídica. Não há, no ordenamento jurídico pátrio, a previsão de responsabilidade objetiva para essas hipóteses do art. 135, *caput*, do CTN. Portanto, é necessária a comprovação da má-fé.

Somente caberá aos sócios-gerentes o ônus de comprovar que não agiram de má-fé caso hajam indícios de comportamentos contrários à lei, ao contrato social ou estatutos, e no caso de terem agido com excesso de poderes (art. 135, *caput*, inciso III,

do CTN). A jurisprudência dominante também inclui, nessas circunstâncias, o caso da sociedade que se extingue irregularmente, situação que ensejará aos respectivos sócios o ônus de provar que não agiram com dolo, culpa, fraude ou excesso de poder, para se eximirem da obrigação.

Neste sentido há diversos precedentes no STJ, inclusive sendo o conteúdo da Súmula 435 do STJ, os quais colaciono a seguir:

> PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO - EXECUÇÃO FISCAL - CERTIDÃO DE DÍVIDA ATIVA - SÓCIO-GERENTE DA EMPRESA: RESPONSABILIDADE - AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO - SÚMULA 282/STF - REDIRECIONAMENTO - CITAÇÃO NA PESSOA DO SÓCIO-GERENTE - ART. 135, III DO CTN - DISSOLUÇÃO IRREGULAR DA EMPRESA. 1. Nos termos da Súmula 282/STF, inadmissível o recurso especial quanto à questão que não foi apreciada pelo Tribunal a quo. 2. Tese em torno do art. 13 da Lei 8.620/93 examinada pela Corte de Apelação sob o enfoque exclusivamente constitucional. 3. É pacífica a jurisprudência desta Corte no sentido de que o simples inadimplemento da obrigação tributária não caracteriza infração à lei, de modo a ensejar a redirecionamento da execução para a pessoa dos sócios. 4. Entretanto, em matéria de responsabilidade dos sócios de sociedade limitada, é necessário fazer a distinção entre empresa que se dissolve irregularmente daquela que continua a funcionar. 5. Tratando-se de sociedade que se extingue irregularmente, cabe a responsabilidade dos sócios, os quais devem provar que não agiram com dolo, culpa, fraude ou excesso de poder, para se eximirem da obrigação. 6. Recurso especial conhecido em parte e, nessa parte, provido. (REsp 922543/RS, Relator(a) Ministra ELIANA CALMON, SEGUNDA TURMA, DJ 29/06/2007 p. 572)

> TRIBUTÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. EXECUÇÃO FISCAL. EMBARGOS À EXECUÇÃO. ART. 535, II, DO CPC. OMISSÃO. INEXISTÊNCIA. NULIDADE DA CITAÇÃO POR EDITAL. SÚMULA 7/STJ. AUSÊNCIA DE NOMEAÇÃO DE CURADOR ESPECIAL. PRESCRIÇÃO. FALTA DE PREQUESTIONAMENTO. RESPONSABILIDADE DOS SÓCIOS-GERENTES. DISSOLUÇÃO IRREGULAR DA SOCIEDADE. POSSIBILIDADE. MULTA POR CARÁTER PROTELATÓRIO DOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. SÚMULA 284/STF. DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL NÃO COMPROVADA. 1. Não há que se falar em ofensa ao art. 535 do CPC, se o Tribunal de segundo grau resolveu a controvérsia de maneira sólida e fundamentada, apenas não adotando a tese do recorrente. 2. Firmada pelo Tribunal a quo a premissa de que foram esgotados todos os meios para o localização do executado, o que, de acordo com o entendimento desta Corte, torna possível a citação por edital, não há como rever tal entendimento sem incursionar no contexto fático probatório da demanda. Incidência da Súmula 7/STJ. 3. Falta de prequestionamento dos arts. 9º, II, do CPC e 174, parágrafo único, do CTN. 4. É possível a responsabilização dos sócios-gerentes da pessoa jurídica executada pelas dívidas tributárias

> pendentes, nos casos em que constatado o encerramento irregular de suas atividades. 5. A ausência de indicação precisa do dispositivo de lei federal supostamente violado faz incidir o teor da Súmula 284/STF. 6. Falta de comprovação do dissídio pretoriano, em virtude da inobservância das formalidades exigidas pelos arts. 541, parágrafo único, do Código de Ritos e 255 do RISTJ. 7. Recurso especial conhecido em parte e improvido. (REsp 899343/RS, Relator(a) Ministro CASTRO MEIRA, SEGUNDA TURMA, DJ 09/03/2007, p. 308)
>
> SÚMULA 435/STJ – Presume-se dissolvida irregularmente a empresa que deixar de funcionar no seu domicílio fiscal, sem comunicação aos órgãos competentes, legitimando o redirecionamento da execução fiscal para o sócio-gerente.

Tais hipóteses, sejam as do art. 135, *caput*, inciso III, do CTN, seja a da dissolução irregular de sociedade, não se extraem desses autos. E a Fazenda Pública, por outro lado, não se desincumbiu de tal comprovação (art. 333, I, do CPC). Realmente, constituiria verdadeiro despautério imputar ao sujeito passivo o ônus de produzir prova contra si próprio, caso houvesse agido de má-fé, ou, se não, comprovar fato negativo.

Desde a constituição da sociedade empresária (1987) todos os sócios foram incumbidos da gerência e direção da empresa (cláusula oitava do Contrato Social de fls. 47/48). Além disso, ambos exerciam a administração da sociedade empresária ao tempo do fato gerador do tributo não recolhido. Entretanto, como dito acima, não há, nestes autos, qualquer elemento ensejador da responsabilidade pessoal dos sócios (art. 135, *caput*, do CTN).

Em que pese a Primeira Seção do egrégio STJ tenha firmado posição no sentido de que o fato de constar o nome do sócio na CDA basta para autorizar o redirecionamento (RE nº 1.104.900/ES, Denise Arruda, julgado em 25/03/2009), entendo que tal circunstância não tem o condão de autorizar, por si só, a responsabilização do sócio-gerente. Note-se que a Fazenda Pública não está discutindo a responsabilidade dos agravados por infração à lei ou dissolução irregular, não podendo subsistir a tese da responsabilização do sócio unicamente por figurar o seu nome na CDA.

Nesse diapasão, vê-se que há entendimento diverso do acima esposado, na própria Primeira Seção do STJ , sob a relatoria do Ministro Teori Albino Zavascki, que no recurso representativo de controvérsia, REsp. 1.101.728/SP, julgado em 11/03/2009, assevera que o redirecionamento da execução fiscal para o sócio-gerente da empresa somente é cabível quando comprovado que ele agiu com excesso de poderes, infração à lei ou contra o estatuto, ou na hipótese de dissolução irregular da empresa. Saliente-se que o Ministro Teori Albino Zavascki mudou seu posicionamento, outrora consignado no REsp 900.371/SP, publicado em 20/5/2008.

Não se pode admitir o ajuizamento ou o redirecionamento do feito alheio a quaisquer circunstâncias que indiquem possível responsabilidade dos sócios, pois se estaria viabilizando sua responsabilização objetiva. Essa linha decisória acarretaria

infundados constrangimentos aos sócios, como, por exemplo, a constrição injustificada de seu patrimônio, sua inserção em cadastro de inadimplentes, a inviabilidade de expedição de certidões negativas fiscais, etc.

A fim de respaldar a tese acima desenvolvida, trago à colação precedentes jurisprudenciais desta Corte e de outros Tribunais.

Vejamos:

> AGRAVO DE INSTRUMENTO COM PEDIDO DE EFEITO SUSPENSIVO - EXECUÇÃO FISCAL - RESPONSABILIDADE PESSOAL DO SÓCIO-GERENTE NÃO COMPROVAÇÃO - ART. 135 DO CTN. 1. O Código Tributário Nacional ao disciplinar a responsabilidade dos diretores, gerentes ou representantes de pessoa jurídica de direito privado pelas obrigações tributárias, ressalta que deve o ato ser praticado com excesso de poderes ou infração à lei. (art.135, inc. III, CTN). 2. O simples inadimplemento não caracteriza a responsabilidade pessoal do sócio-gerente. No caso em questão, não foi demonstrado que o ato foi praticado com excesso de poder ou infração à lei, não podendo, assim, ser estendida a responsabilidade pessoal ao agravado. 3. Precedentes do STJ. 4. Decisão mantida. (Agravo de Instrumento nº 3342914200380600000, Relator Antônio Abelardo Benevides Moraes, 3ª Câmara Cível, Julgado em 08/2/2007)
>
> PROCESSO CIVIL. REGIMENTAL CONTRA MONOCRÁTICA QUE DECIDIU APELO. MÉRITO. MANDADO DE SEGURANÇA. OPOSIÇÃO À EMISSÃO DE CERTIDÃO NEGATIVA DE DÉBITO FISCAL. EXECUÇÃO FISCAL. RESPONSABILIDADE PESSOAL DO SÓCIO-GERENTE. NÃO COMPROVAÇÃO. DÍVIDA REFERENTE A IPVA DEVIDAMENTE QUITADA. SEGURANÇA CONCEDIDA. SENTENÇA CONFIRMADA. 1. Trata o caso de pretensão para obter certidão negativa de débito fiscal. Ou, ainda, certidão positiva com efeitos de negativa, necessária à lavratura de escritura de imóvel. 2. Para se imputar dívida fiscal a sócio de empresa inscrita em Cadastro de Inadimplentes da Fazenda Pública Estadual, não basta apenas que seu nome conste em Certidão de Dívida Ativa (CDA), é necessário também que se demonstre o vínculo do mesmo com o fato gerador da obrigação tributária. Precedente deste tribunal entendendo que o simples inadimplemento da empresa não caracteriza a responsabilidade pessoal dosócio-gerente. 3. A impetração do *writ* mostrou-se adequada na presente ação, uma vez que para se configurar a ilegalidade do ato bastava o impetrante colacionar documentação apropriada, demonstrando a inscrição indevida de seu nome nos cadastros da dívida ativa estadual. O que foi prontamente feito, não se podendo falar em inadequação da via eleita por ausência de prova pré-constituída, no que concerne ao *mandamus* em comento. - Agravo Regimental conhecido, mas desprovido. - Decisão monocrática desta Relatoria mantida. - Unânime. (Agravo Regimental nº 46009674200080600001, Relatora Maria Iracema Martins do Vale, 4ª Câmara Cível, Registrado em 25/8/2010)
>
> AGRAVO DE INSTRUMENTO. EXECUÇÃO FISCAL.

REDIRECIONAMENTO CONTRA O SÓCIO. RESPONSABILIDADE OBJETIVA. INADMISSIBILIDADE. DISSOLUÇÃO IRREGULAR DA EMPRESA. 1. A responsabilidade pessoal dos dirigentes de pessoas jurídicas, prevista no art. 135 do CTN, não é objetiva, exigindo a configuração de alguma das hipóteses fáticas ali descritas. (...) (TRF4, AG 200804000304516, 1ª T., Rel. Des. Marcelo De Nardi, D.E. 02/12/2008).

AGRAVO LEGAL. TRIBUTÁRIO. REDIRECIONAMENTO DA EXECUÇÃO CONTRA OS SÓCIOS-GERENTES. DISSOLUÇÃO IRREGULAR. 1. A jurisprudência desta Corte firmou-se, em consonância com o entendimento da 1ª e da 2ª Turmas do Superior Tribunal de Justiça, no sentido de que a responsabilização pessoal do sócio-gerente, fulcrada na dicção do artigo 135, III, do Código Tributário Nacional, só tem lugar se comprovado que o sócio agiu com excesso de mandato ou infringência à lei ou estatuto. Assim, não há falar em responsabilidade presumida ou objetiva do sócio-gerente, na hipótese do não pagamento do tributo da pessoa jurídica. 2. O redirecionamento é devido apenas em relação aos sócios que exerciam poderes de administração e de gerência ao tempo da dissolução irregular. 3. O agravo legal não traz elementos para alterar o entendimento do julgador. (TRF4, AG 0006858-15.2011.404.0000, Segunda Turma, Relatora Vânia Hack de Almeida, D.E. 31/08/2011)

PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. JURISPRUDÊNCIA DOMINANTE NO RESPECTIVO TRIBUNAL OU DE TRIBUNAL SUPERIOR. PERMISSIVO DO ART. 557 DO CPC. EXECUÇÃO FISCAL. REDIRECIONAMENTO. INVIABILIDADE. RESPONSABILIDADE DO SÓCIO-GERENTE. ART. 135, III, DO CTN. AFERIÇÃO DA DISSOLUÇÃO IRREGULAR DA EMPRESA. SÚMULA N. 7/STJ. 1. O relator está autorizado a negar seguimento a recurso manifestamente inadmissível, improcedente, prejudicado ou em confronto com jurisprudência dominante do respectivo Tribunal ou de Tribunais Superiores. Inteligência do art. 557, *caput*, do Código de Processo Civil. 2. A imputação da responsabilidade prevista no art. 135, III, do CTN não está vinculada apenas ao inadimplemento da obrigação tributária, mas também à configuração das demais condutas nele descritas: práticas de atos com excesso de poderes ou infração de lei, contrato social ou estatutos. 3. "A pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial." (Súmula n. 7/STJ). 4. Recurso especial improvido. (REsp 512201/SC, Rel. Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, SEGUNDA TURMA, julgado em 05/09/2006, DJ 13/10/2006, p. 298)

PROCESSUAL CIVIL. EXECUÇÃO FISCAL. EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE. ARGUIÇÃO DE PRESCRIÇÃO INTERCORRENTE. POSSIBILIDADE. REDIRECIONAMENTO DA EXECUÇÃO FISCAL. ENTENDIMENTO CONSOLIDADO PELA 1ª SEÇÃO. RELAÇÃO PROCESSUAL FORMADA APÓS A VIGÊNCIA DA LC 118/05. TERMO *AD QUEM*. DESPACHO QUE ORDENA A CITAÇÃO. (…) 3. A responsabilidade patrimonial secundária do sócio, na jurisprudência do E. STJ, funda-se na regra de que o redirecionamento da execução fiscal, e seus consectários legais, para o sócio-gerente da empresa,

somente é cabível quando reste demonstrado que este agiu com excesso de poderes, infração à lei ou contra o estatuto, ou na hipótese de dissolução irregular da empresa. 4. O redirecionamento da execução contra o sócio deve dar-se no prazo de cinco anos da citação da pessoa jurídica, sendo inaplicável o disposto no art. 40 da Lei n.º 6.830/80 que, além de referir-se ao devedor, e não ao responsável tributário, deve harmonizar-se com as hipóteses previstas no art. 174 do CTN, de modo a não tornar imprescritível a dívida fiscal. Precedentes: REsp 205887, Rel. DJ 01.08.2005; REsp 736030, DJ 20.06.2005; AgRg no REsp 445658, DJ 16.05.2005; AgRg no Ag 541255, DJ 11.04.2005.(...) 14. Agravo regimental desprovido. (AgRg no REsp 1202195/PR, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA TURMA, julgado em 03/02/2011, DJe 22/02/2011)

TRIBUTÁRIO. RECURSO ESPECIAL. EXECUÇÃO FISCAL. TRIBUTO DECLARADO PELO CONTRIBUINTE. CONSTITUIÇÃO DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO. PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO. DISPENSA. RESPONSABILIDADE DO SÓCIO. TRIBUTO NÃO PAGO PELA SOCIEDADE. 1. A jurisprudência desta Corte, reafirmada pela Seção inclusive em julgamento pelo regime do art. 543-C do CPC, é no sentido de que "a apresentação de Declaração de Débitos e Créditos Tributários Federais – DCTF, de Guia de Informação e Apuração do ICMS – GIA, ou de outra declaração dessa natureza, prevista em lei, é modo de constituição do crédito tributário, dispensando, para isso, qualquer outra providência por parte do Fisco" (REsp 962.379, 1ª Seção, DJ de 28.10.08). 2. É igualmente pacífica a jurisprudência do STJ no sentido de que a simples falta de pagamento do tributo não configura, por si só, nem em tese, circunstância que acarreta a responsabilidade subsidiária do sócio, prevista no art. 135 do CTN. É indispensável, para tanto, que tenha agido com excesso de poderes ou infração à lei, ao contrato social ou ao estatuto da empresa (EREsp 374.139/RS, 1ª Seção, DJ de 28.02.2005). 3. Recurso especial parcialmente conhecido e, nessa parte, parcialmente provido. Acórdão sujeito ao regime do art. 543-C do CPC e da Resolução STJ 08/08. (REsp 1.101.728/SP, Rel. Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 11/03/2009)

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. EXECUÇÃO FISCAL. REDIRECIONAMENTO DA EXECUÇÃO CONTRA O SÓCIO. AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DE DISSOLUÇÃO IRREGULAR E DE QUE O REFERIDO SÓCIO ADMINISTRAVA A EMPRESA OU TINHA PODERES DE GESTÃO. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 7/STJ AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO. 1. Esta Corte Superior firmou o entendimento no recurso representativo de controvérsia REsp. 1.101.728/SP, da relatoria do ilustre Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI, de que o redirecionamento da execução fiscal para o sócio-gerente da empresa somente é cabível quando comprovado que ele agiu com excesso de poderes, infração à lei ou contra o estatuto, ou na hipótese de dissolução irregular da empresa. 2. Todavia, para se chegar à conclusão diversa da firmada pelas instâncias ordinárias no tocante ao redirecionamento da execução fiscal em razão do descumprimento ao art. 135, III do CTN pelo sócio gerente seria necessário o reexame de

> matéria fático probatória, o que encontra óbice na Súmula 7 desta Corte, segundo a qual a pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial. 3. Conforme constata-se dos autos, o Tribunal a quo não encontrou indícios suficientes de dissolução irregular da empresa a ponto de redirecionar a execução contra o sócio gerente ou mesmo comprovação de que o sócio nominado pela exequente fazia parte da sociedade à época dos fatos ou tinha poderes de gestão. 4. Agravo Regimental desprovido. (AgRg no Ag 1341069/PR, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 01/09/2011, DJe 15/09/2011)

A ação executiva está instruída com títulos executivos (fls. 14/15), que não gozam de exigibilidade em relação aos agravados (art. 204, do Código Tributário Nacional e art. 3º, da Lei 6.830/80), por não haver indícios de comportamentos malsinados por parte daqueles, ausente a comprovação pelo ente fazendário, não podendo prevalecer a pretensão do agravante.

Com a fundamentação supra, alinho-me ao entendimento da impossibilidade de redirecionamento do executivo fiscal contra os sócios da pessoa jurídica, sem a devida comprovação da responsabilidade daqueles, nos termos do art. 135, inciso III, do Código Tributário Nacional, respaldado na jurisprudência dominante.

Diante do exposto, conheço do presente Agravo de Instrumento, para negar-lhe provimento, devendo ser mantida, *in totum*, a decisão recorrida.

É como voto.

Fortaleza, 31 de outubro de 2011.

PROCESSO Nº 25322-05.2008.8.06.0000/0
TIPO DO PROCESSO: AGRAVO DE INSTRUMENTO C/ PEDIDO DE EFEITO SUSPENSIVO
ORIGEM: 2ª VARA CÍVEL
COMARCA: FORTALEZA
Nº DE ORIGEM: 2006.0025.8597-9
AGRAVANTE: MARINA DE IRACEMA PARK S/A
AGRAVADO: BANCO INDUSTRIAL E COMERCIAL S.A. - BICBANCO
RELATOR: FRANCISCO AURICÉLIO PONTES

EMENTA: AGRAVO DE INSTRUMENTO EM AÇÃO DE EXECUÇÃO. PRELIMINAR SUSCITADA AFASTADA. A DETERMINAÇÃO DE CONTINUIDADE DA EXECUÇÃO, QUE OCASIONE LESÃO GRAVE E DE DIFÍCIL REPARAÇÃO, CABÍVEL AGRAVO DE INSTRUMENTO. EMBARGOS À EXECUÇÃO INTERPOSTOS ANTES DE ENTRAR EM VIGOR AS ALTERAÇÕES PROMOVIDAS PELA LEI 11.382/2006 SUSPENDE A AÇÃO DE EXECUÇÃO. A ALTERAÇÃO DO ART. 739 DO CPC NÃO AFASTOU A POSSIBILIDADE DE EFEITO SUSPENSIVO DA EXECUÇÃO, DESDE ATENDIDOS OS REQUISITOS FIXADOS NAQUELE PERMISSIVO.

1. A regra insculpida no art. 504 do Diploma Processual Civil, cabe exceção, na hipótese em que possa causar prejuízo à parte.
2. O disposto no art. 522 do CPC, ressalva expressamente que, tendo a decisão o caráter de causar a parte lesão grave e de difícil reparação, cabível será o agravo de instrumento.
3. Embora tenha o manto de despacho, o ato judicial do juízo monocrático de prosseguimento da execução estar carregado de carga decisória passível de gerar prejuízo ao agravante, em face dos atos subsequentes após a avaliação do bem penhorado, na forma da legislação processual em vigor, após a publicação da Lei 11.382/2006, ocasionará a perda do controle do complexo hoteleiro pela agravante.
4. Os embargos à execução foram interpostos antes da vigência da Lei 11.382/2006, que fixava anteriormente a suspensão dos efeitos da execução, no § 1º do art. 739 do CPC.
5. A alteração promovida no art. 739 do CPC pela Lei 11.382/2006, não afastou a possibilidade de conceder efeito

suspensivo à execução, desde que venha ocasionar dano de difícil ou incerta reparação, condicionando a existência de penhora, que é o presente caso.
6. O § 6º do art. 739-A do CPC fixa que a concessão do efeito suspensivo à execução não impedirá a efetivação da avaliação do bem penhorado.
7. Recurso parcialmente provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de apelação cível de nº 25322-05.2008.8.06.0000/0 da Comarca de Fortaleza, em que são partes os acima indicados.

ACORDAM os membros integrantes da 2ª Câmara Cível deste Tribunal de Justiça, por unanimidade, dar conhecimento ao agravo de instrumento, rejeitando a preliminar suscitada pelo agravado e, no mérito, dar provimento parcial, tudo nos termos do voto do relator.

Fortaleza, 28 de Setembro de 2011.

RELATÓRIO

Vistos, etc.

Trata-se de Agravo de Instrumento com pedido de efeito suspensivo interposto pelo MARINA DE IRACEMA PARK S.A., em face do despacho proferido pelo MM. Juiz de Direito da 2ª Vara Cível de Fortaleza, à fl.16, nos autos da Ação Executiva nº 2006.0025.8597-9, que determinou a avaliação do bem constrito e expedição de mandado.

A agravante, em suas razões, sustenta que o despacho combatido, caso não seja suspenso o prosseguimento da execução em curso na 2ª Vara Cível, causará à agravante irreparável e iminente dano, se ato contínuo à avaliação do imóvel penhorado ocorrer a hasta pública, com a transferência do domínio do bem constrito, antes do trânsito em julgado da Ação Ordinária, oriunda da 12ª Vara Cível e da apelação dos embargos à execução.

A execução promovida pelo agravado é oriunda da emissão de debêntures em 15 de novembro de 1996, com prazo de vencimento de 05 anos, ou seja, 15 de novembro de 2001, conforme Escritura de Emissão fls.65/76 e Assembleia Geral Extraordinária de fls.77/80.

O agravado adquiriu todas as 10.000 (dez mil) debêntures emitidas, totalizando R$ 11.279.174,16 (onze milhões, duzentos setenta nove mil, cento setenta quatro reais e dezesseis centavos), recibos de subscrição, às fls.81/83.

A emitente das debêntures não honrou o pagamento, na data do vencimento do título executivo, motivando o credor manejar Ação Executiva (fls.36/46), no dia 27.10.2006, cujo feito tramita na 2ª Vara Cível desta comarca.

Auto de Penhora e Depósito de um imóvel pertencente à agravante, com todas as benfeitorias, totalizando 19.480 m^2, para garantia da execução e demais encargos, às fls.127/128.

Os Embargos à Execução foram interpostos pela agravante, 11.12.2006, antes da vigência da Lei 11.382/2006, fls.264/284.

Sentença dos Embargos, às fls.433/438, decretando a extinção do processo sem resolução de mérito, acolhendo a ilegitimidade ativa "ad causam" da agravante.

Após o julgamento dos embargos, o agravado ingressa nos autos da Execução com o pedido de continuidade da execução, requerendo a avaliação do bem penhorado, fl.17.

O juízo monocrático prolatou decisão nos autos da execução, fl.16, determinando:

> "A avaliação, como requerido, expedindo-se mandado,
> Exp. Nec.
> Fort. 29/09/2008"

Com base no art. 558 do CPC, que destaca a possibilidade de concessão de efeito suspensivo no casos que possa resultar lesão grave e de difícil reparação, foi concedida liminar parcialmente, a fim de sobrestar somente os demais atos processuais subsequentes à realização da avaliação do bem penhorado, que ocasione a transferência da propriedade do imóvel constrito, às fls.488/492.

As contrarrazões do agravado, às fls.494/507, rebate as alegações, entendendo que:

a) preliminarmente, impossibilidade de se sobrestar a execução em face de despacho (não decisão interlocutória) que determina a avaliação do bem penhorado;

b) no mérito, alega não existir fundamentos relevantes nos embargos e não há perigo de dano ao agravante pela avaliação do bem penhorado, e até mesmo que venha ocorrer adjudicação, o agravado é uma instituição financeira sólida, com higidez suficiente para arcar com eventuais danos que possam ser causados à agravante.

O agravado juntou documentos às fls.508/544.

É o relatório.

VOTO

Inicialmente conheço o presente recurso, porquanto preenchidos os requisitos de sua admissibilidade.

Da preliminar

O agravado sustenta a impossibilidade do cabimento do presente agravo contra despacho que determina a avaliação do bem penhorado.

O art. 522 do CPC fixa que:

> "das decisões interlocutórias caberá agravo, no prazo de 10 (dez) dias, na forma retida, salvo quando se tratar de decisão suscetível de causar à parte lesão grave e de difícil reparação..."

No presente caso, entendo que não se pode considerar a forma literal de que somente das decisões interlocutórias seja cabível a interposição do agravo.

O MM. Juiz da 2ª Vara Cível de Fortaleza, em sede dos embargos à execução, entendeu que falece legitimidade à agravante de opor-se aos atos de constrição.

Com efeito, o manejo do agravo de instrumento foi motivado pelo justo receio da agravante de que, determinada a avaliação do bem penhorado, após o julgamento dos embargos à execução, haveria a possibilidade de ficar privada do controle do empreendimento hoteleiro, que se encontra no terreno, pois seria levado à hasta pública.

Ora, o disposto no art. 522 do CPC, não deixa dúvida de que a regra é o agravo retido, no entanto, ressalva expressamente que, tendo a decisão o caráter de causar a parte lesão grave e de difícil reparação, cabível será o agravo de instrumento.

O art. 504 do CPC dispõe que:

> "Dos despachos não cabe recurso"

Também, a regra insculpida no art. 504 do Diploma Processual Civil, entendo que cabe exceção, na hipótese em que possa causar prejuízo à parte.

Portanto, embora tenha o manto de despacho, percebo que está carregado de carga decisória passível de gerar prejuízo a agravante, em face dos atos subsequentes que ocorreriam após a avaliação do bem penhorado, na forma da legislação processual em vigor, em decorrência da publicação da Lei 11.382/2006.

Assim, rejeito a preliminar de impossibilidade do cabimento do presente agravo de instrumento.

É como voto. Senhor Presidente.

Do mérito.

Os Embargos à Execução foram interpostos, no dia 11 de dezembro de 2006, quando ainda se encontrava vigorando o art. 739, §1º do CPC, que fixava:

> "Os embargos serão sempre recebidos com efeito suspensivo"

Vê-se que, anteriormente o § 1º do art. 739 do CPC era imperativo, ao fixar que o ingresso dos Embargos suspende os efeitos da execução.

O art. 587 da Lei Adjetiva Civil, à época do ingresso dos embargos à

execução, ditava que:

> "Art. 587. A execução é definitiva, quando fundada em sentença transitada em julgado ou em título extrajudicial; é provisória, quando a sentença for impugnada mediante recurso, recebido só no efeito devolutivo"

A apelação manejada pelo agravante foi recebida somente no efeito devolutivo, o que ensejou o ingresso do agravo de instrumento de nº 14180-67.2009.8.06.0000/0, que em sede de liminar foi dado efeito suspensivo à sentença dos embargos à execução, que entendeu ser o agravante parte ilegítima para opor-se à execução promovida pelo agravado, embora tenha sofrido a constrição.

A Lei 11.382, de 06.12.2006, revogou §1º do art.739, criando o art. 739-A, §1º e alterou a redação do art.587, passando a dispor que:

> "Art.739-A. Os embargos do executado não terão efeito suspensivo.
> §1º. O Juiz poderá, a requerimento do embargante, atribuir efeito suspensivo aos embargos quando, sendo relevantes seus fundamentos, o prosseguimento da execução manifestamente possa causar ao executado grave dano de difícil ou incerta reparação, e desde que a execução já esteja garantida por penhora, depósito ou caução suficientes".
>
> "Art. 587. É definitiva a execução fundada em título extrajudicial; é provisória enquanto pendente apelação da sentença de improcedência dos embargos do executado, quando recebidos com efeito suspensivo"

Com a criação do § 1º do art. 739-A do CPC, alterando a redação anterior do §1º do art. 739, ainda faculta ao Juiz, mediante requerimento da parte interessada, atribuir efeito suspensivo, na hipótese que o prosseguimento da execução, venha ocasionar dano de difícil ou incerta reparação, condicionando a existência de penhora, depósito ou caução suficientes.

No presente caso, a sentença dos embargos à execução foi julgada pela ilegitimidade ativa "ad causam" para opor-se à penhora do bem de propriedade da agravante, não apreciando o mérito daquela demanda.

Ora, mesmo com a alteração da redação do art. 739 do CPC, pela lei 11.382/2006, não deixou de existir a possibilidade de se conceder efeito suspensivo à execução, quando ocasionar dano de difícil ou incerta reparação, ficando condicionada a existência de penhora, assim como, na forma do art. 587 do CPC, em vigor, determina que é provisória a execução, quando estiver pendente de apelação.

Existe plausibilidade da existência de lesão grave e de dano irreparável, porquanto após a avaliação do bem constrito, ato contínuo se dará a possível adjudicação pelo exequente, ou então, não desejando, poderá, ainda o exequente requerer sua alienação por sua conta própria ou por corretor e, por último, poderá optar que o bem seja levado à hasta pública, nos termos dos arts. 685 – A, B e C e art.686, todos do

Álbum Processual Civil.

Assim, existe o risco de todo o complexo hoteleiro ser alienado a terceiros, ficando privado da administração de sua atividade empresarial, com o prosseguimento da execução, em face da determinação do MM. Juiz da 2ª Vara Cível da Comarca de Fortaleza.

Não há prejuízo manifesto ao agravado, pois a execução está garantida pela penhora do imóvel.

O § 6º do art. 739-A, do CPC, determina que:

> "A concessão de efeito suspensivo não impedirá a efetivação dos atos de penhora e de avaliação dos bens".

O permissivo fixa que a concessão do efeito suspensivo não impedirá a efetivação da avaliação do bem penhorado.

Face ao exposto, dou provimento parcial ao presente agravo, determinando a suspensividade requerida, para sobrestar somente os demais atos subsequentes à realização da avaliação do bem penhorado, que ocasione a transferência da propriedade do imóvel descrito nos autos da Ação Executiva nº 2006.0025.8597-9, ratificando os termos da liminar antes deferida.

É como voto. Senhor Presidente.

Fortaleza, 28 de Setembro de 2011.

Processo Nº 40293-24.2010.8.06.0000/0
Tipo da Ação: Agravo de Instrumento
Comarca: Fortaleza
Local de Origem: 26ª Vara Cível da Comarca de Fortaleza
Partes:
Agravante: Maria do Socorro Ximenes Carlos
Agravado: TH Comércio e Indústria de Confecções Masculinas
Agravado: Rodrigo Jereissati de Araújo
Relator: Des. Francisco Suenon Bastos Mota
Órgão Julgador: 5ª Câmara Cível

EMENTA: CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. LOCAÇÃO DE IMÓVEL. DESPEJO POR DENÚNCIA VAZIA. APELAÇÃO RECEBIDA NO EFEITO MERAMENTE DEVOLUTIVO. AUSÊNCIA DE RELEVANTES FUNDAMENTOS PARA CONCESSÃO DE EFEITO SUSPENSIVO EXCEPCIONAL. AGRAVO PARCIALMENTE PROVIDO.

1. Entendo ser cabível dar parcial provimento ao presente recurso de agravo de instrumento, porque a decisão que agregou efeito suspensivo a recurso desprovido de tal eficácia não respeitou o requisitos da excepcional tutela. É importante frisar que a concessão da tutela só se efetiva em caráter de extrema excepcionalidade, nos termos dos arts. 797 e seguintes do CPC, cabendo à parte demonstrar, além do dano de difícil ou de incerta reparação (periculum in mora), a concreta possibilidade de êxito do recurso interposto. No caso em exame, não vislumbro a presença dos requisitos acima mencionados, logo entendo que o recurso de apelação deverá ser recebido somente no efeito devolutivo.

2 - Quanto ao segundo requerimento da agravante, pela rejeição do recebimento da apelação de Rodrigo Jereissati de Araújo, entendo por bem negar-lhe provimento. Explico. É sabido que, afora as peças obrigatórias, impõe-se à agravante instruir o recurso com as peças essenciais e necessárias. De fato, dita juntada se faz imprescindível para a compreensão da segunda controvérsia ora posta, possibilitando ao juízo da instância superior decidir com mais segurança e acerto jurídico.

3. Agravo conhecido, mas parcialmente provido. Decisão reformada.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos do Agravo de Instrumento nº 40293-24.2010.8.06.0000/0, em que são partes as pessoas acima indicadas.

ACORDA a 5ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, em julgamento de turma, por unanimidade, em conhecer do Agravo de Instrumento,

mas para dar-lhe parcial provimento, nos termos do voto do Desembargador Relator.

RELATÓRIO

Cuida-se de Agravo de Instrumento, com pleito de suspensividade, manejado por Maria do Socorro Ximenes Carlos, voltado contra decisão da lavra do M.M. Dr. Juiz de Direito da 26ª Vara Cível da Comarca de Fortaleza, que recebeu a apelação no duplo efeito, apesar da lei determinar a recepção somente no efeito devolutivo.

Aduz a agravante que a Agravada TH – Comércio, com o escopo de retardar o feito, ajuizou a ação renovatória, sob o nº 54040-72.2009.8.06.0001 e a ação de consignação em pagamento, sob o nº 10715-13.2010.8.06.0001, sendo estas conexas com ação de despejo.

O juízo monocrático proferiu sentença julgando pela procedência da ação de despejo, extinguindo, assim, a renovatória e a consignação, pois entendeu não existir a comprovação do adimplemento dos aluguéis e seus encargos para a renovação contratual. A consignação foi extinta, como foi anteriormente mencionado, eis que a parte interessada não fez o depósito devido.

Os agravados interpuseram recurso apelatório, requestando diversos pleitos, sendo que um destes foi o da apelação ser recebida no efeito devolutivo e suspensivo, pois haveria a possibilidade de causar lesão grave e um dano de difícil reparação. O pedido para receber a apelação no duplo efeito fora acatado pelo Juízo a quo, sendo esta decisão fundamentada em jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça.

Proferi decisão, às fls. 61/64, determinando que a apelação fosse recebida somente no efeito devolutivo, tendo em vista o art. 58, V, da Lei 8.245/91.

A parte agravada apresentou contrarrazões de fls. 68/79, aduzindo, em suma, ser cabível o recebimento da apelação no seu duplo efeito, haja vista a possibilidade de grave lesão e de difícil reparação.

Exerci o juízo de retratação, às fls. 231/234, reconsiderando a decisão de fls. 61/64, para determinar que o recurso de apelação seja recebido no seu duplo efeito.

A agravante irresignada, com a decisão de retratação, interpôs o agravo regimental de fls. 239/254, aduzindo que o recurso de apelação deve ser recebido somente no efeito devolutivo, pois assim determina a lei.

Recurso sem revisão, como preconiza o artigo 34, § 3º do Regimento Interno desta Corte de Justiça.

É o que havia de importante para relatar. Passo a decidir.

VOTO

Os requisitos de admissibilidade encontram-se presentes nos autos.

Em uma preambular análise do Agravo de Instrumento, entendi não ser

o caso de receber o recurso no duplo efeito, contudo, após as contrarrazões, exerci o direito de retratação para receber o recurso de apelação no seu duplo efeito, tendo em vista a alegação da parte agravada de haver a possibilidade de lesão grave e de difícil reparação.

Na mesma toada, segue o Superior Tribunal de Justiça, ou seja, entende ser possível receber o recurso de apelação no seu duplo efeito, apesar da lei asseverar que a recepção será somente no efeito devolutivo, contudo isto somente ocorrerá quando se verificar a existência da lesão grave ou de difícil reparação, senão vejamos:

> DIREITO PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO CAUTELAR E PRINCIPAL. SENTENÇA ÚNICA. APELAÇÃO. EFEITOS. - Julgadas ao mesmo tempo improcedentes a ação principal e a cautelar, interposta apelação contra a decisão, cabe recebê-la com efeitos distintos, ou seja, a cautelar no devolutivo e a principal no duplo efeito. Precedentes.
> - As hipóteses em que não há efeito suspensivo para a apelação estão taxativamente enumeradas no art. 520 do CPC, de modo que, verificada qualquer delas, deve o juiz, sem qualquer margem de discricionariedade, receber o recurso somente no efeito devolutivo.
> - Não há razão para subverter ou até mesmo mitigar a aplicação do art. 520 do CPC, com vistas a reduzir as hipóteses em que a apelação deva ser recebida apenas no efeito devolutivo, até porque, o art. 558, § único, do CPC, autoriza que o relator, mediante requerimento da parte, confira à apelação, recebida só no efeito devolutivo, também efeito suspensivo, nos casos dos quais possa resultar lesão grave e de difícil reparação, sendo relevante a fundamentação. Recurso especial conhecido e provido. (REsp 970275 / SP; Ministra NANCY ANDRIGHI; T3 - TERCEIRA TURMA; DJ 19/12/2007)

No presente momento, venho novamente analisar a existência ou não da lesão grave ou de difícil reparação.

Compulsando os autos, deixo de vislumbrar o dano irreparável ou de difícil reparação, eis que a parte agravada em suas peças somente demonstrou que o imóvel em questão serve como escritório da empresa. Diante disso, percebe-se não ser o prejuízo de grande monta, pois no imóvel encontra-se presente a gerência da empresa que pode ter o seu endereço facilmente mudado.

A parte agravada alega que a não concessão do efeito suspensivo irá lhe acarretar a perda do fundo de comércio. É sabido que a mencionada afirmação não corresponde a realidade, tendo em vista o conceito técnico-jurídico da referida expressão.

Saliente-se, por oportuno que, segundo a doutrina de Mônica Gusmão, a expressão fundo de comércio é sinônima das seguintes expressões: negócio comercial, estabelecimento empresarial e azienda. Para melhor elucidar o fato iremos transcrever o conceito jurídico presente na doutrina de André Luiz Santa Cruz Ramos:

> **A expressão estabelecimento empresarial parece se referir, numa primeira leitura, ao local em que o empresário exerce sua atividade**

> **empresarial. Trata-se, todavia, de uma visão equivocada, que representa apenas uma noção vulgar da expressão**, correspondendo tão somente ao sentido coloquial que ela possui para as pessoas em geral.
> O conceito técnico-jurídico de estabelecimento empresarial, todavia, é algo mais complexo. No dizer de Oscar Barreto Filho, autor da mais completa obra sobre o tema no Brasil, "é o complexo de bens, materiais e imateriais, que constituem o instrumento utilizado pelo comerciante (hoje empresário) para a exploração de determinada atividade mercantil (hoje empresa)". **Trata-se, em suma, de todo o conjunto de bens, materiais ou imateriais, que o empresário utiliza no exercício da sua atividade**. Essa foi, aliás, a definição dada pelo legislador do Código Civil, que resolveu tratar especificamente do tema, ao contrário do que ocorria antes, já que até a edição do Código Civil de 2002 o estabelecimento era tratado basicamente na seara doutrinária. Com efeito, o art. 1.142 dispõe que "considera-se estabelecimento todo complexo de bens organizado, para exercício da empresa, por empresário ou por sociedade empresária."
> **Portanto, o local em que o empresário exerce suas atividades – ponto do negócio - é apenas um dos elementos que compõem o estabelecimento empresarial, o qual, como visto, é composto também de outros bens materiais (equipamentos, máquinas etc.) e até mesmo bens imateriais**.[1]

Com a exposição do ensinamento do Mestre André Santa Cruz, restou claro que a afirmação da agravada, acerca da perda do fundo de comércio, é completamente equivocada, pois o local de funcionamento do estabelecimento empresarial é somente um dos elementos da azienda. Logo, não vislumbro o dano irreparável a este estabelecimento empresarial caso haja a sua mudança de endereço.

Além do mais, no presente agravo de instrumento, requer a recorrente pela suspensão da decisão que recebeu o recurso no seu duplo efeito, tendo em vista o art. 58, V, da Lei nº 8.245/91 – Lei do Inquilinato, que determina a recepção do recurso somente no efeito devolutivo, senão vejamos:

> Art. 58. Ressalvados os casos previstos no parágrafo único do art. 1º, nas ações de despejo, consignação em pagamento de aluguel e acessórios da locação, revisionais de aluguel e renovatórias de locação, observa-se-á o seguinte:
> (...)
> V – os recursos interpostos contra sentenças terão efeitos SOMENTE devolutivos.

Entendo ser o caminho, o da recepção somente no efeito devolutivo, o mais adequado, uma vez que a parte agravada não demonstrou cabalmente o dano de difícil reparação ou de dano irreparável e porque assim determina a lei.

Na realidade, o que ficou demonstrado nos autos do agravo de instrumento foi a ocorrência de um dano de difícil reparação, contudo não em face dos agravados, como tentam demonstrar com suas alegações, mas sim contra a agravante que se vê tolhida de uso e usufruto do seu bem imóvel a anos.

Neste mesmo sentido, segue o Superior Tribunal de Justiça:

> Cuida-se de medida cautelar ajuizada com o fim de que seja atribuído efeito suspensivo a recurso especial interposto nos autos de ação ordinária de cobrança em que se controverte a obrigatoriedade de correção monetária anual de valores praticados em contratos de locação de equipamentos e serviços.
> Eis a ementa do acórdão recorrido:
>
> "APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE COBRANÇA. LOCAÇÃO DE EQUIPAMENTOS E DE SERVIÇOS. CLÁUSULA CONTRATUAL PARA REAJUSTE ANUAL DOS VALORES DEVIDOS À APELANTE. RECONVENÇÃO. MULTA ADMINISTRATIVA APLICADA EM FACE DA APELADA. AUSÊNCIA DE CONEXÃO. AUSÊNCIA DE CONDIÇÃO DA AÇÃO. EXTINÇÃO, DE OFÍCIO, SEM RESOLUÇÃO DE MÉRITO. ARTIGO 267, INCISO IV, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. MÉRITO RECURSAL. CORREÇÃO MONETÁRIA. PROCEDÊNCIA. PREVISÃO CONTRATUAL. CONTRATO DE ADESÃO. NULIDADE DA CONDIÇÃO PARA O REAJUSTE DOS VALORES. EFICÁCIA DA CLÁUSULA SUJEITA AO ALVEDRIO DA PARTE BENEFICIADA COM A DEFASAGEM DOS VALORES INICIALMENTE PACTUADOS. ARTIGO 115 DO CÓDIGO CIVIL BRASILEIRO DE 1916 E 122 DO CÓDIGO CIVIL BRASILEIRO DE 2002. APELO PROVIDO.
> Em defesa do *fumus boni iuris*, aduz a autora ofensa do acórdão recorrido ao art. 115 do CC/1916 e aos arts. 122, 421 e 422 do CC/2002 (e-STJ, fl. 7). Alega que o *decisum* impôs a nulidade de cláusula contratual que regrava a recomposição financeira dos contratos firmados entre as partes, salientando que "os pedidos formulados (...) referem-se a verdadeira 'surpresa' comercial, já que a requerida os ofertou após (...) A conclusão dos contratos" (e-STJ, fl. 8). Argumenta que a requerida pactuou o acerto e sujeitou-se ao cumprimento contratual e, após a devida execução do contrato e sua conclusão, passou a questionar a cláusula de reajuste.
> Quanto ao *periculum in mora*, decorreria do fato de ter-se iniciado o procedimento de execução provisória do aresto recorrido, no bojo da qual foi determinado o depósito dos valores executados, no montante próximo de 7 milhões de reais, o que lhe causará danos irreparáveis.
> É o breve relatório. Decido.
> Em se tratando de medida cautelar destinada a agregar efeito suspensivo a recurso desprovido de tal eficácia, É IMPORTANTE FRISAR QUE A CONCESSÃO DA TUTELA SÓ SE EFETIVA EM CARÁTER DE EXTREMA EXCEPCIONALIDADE, NOS TERMOS DOS ARTS. 797 E SEGUINTES DO CPC, CABENDO À PARTE DEMONSTRAR, ALÉM DO DANO DE DIFÍCIL OU DE INCERTA REPARAÇÃO (*PERICULUM IN MORA*), A CONCRETA POSSIBILIDADE DE ÊXITO DO RECURSO INTERPOSTO.
> No caso em exame, não vejo, em juízo de cognição sumária, nenhum sinal de ilegalidade no acórdão recorrido. Constato, ao contrário, que a Corte *a quo* bem trabalhou a matéria submetida a seu crivo, seja na parte em que afirma

> o descabimento do pedido reconvencional da ora requerente por ausência de condição específica, seja na definição da temática de fundo, relativa ao reconhecimento da nulidade das cláusulas contratuais que submetem ao exclusivo arbítrio da ora requerente, tida como parte mais forte na relação contratual, a correção monetária (anual) dos valores contratados.
> ...
> Ante o exposto, não configurado o pressuposto específico da ação cautelar, indefiro a petição inicial e julgo extinto o processo sem resolução de mérito (art. 267, incisos I e VI, do CPC).
> Publique-se. Brasília, 02 de maio de 2011. MINISTRO JOÃO OTÁVIO DE NORONHA Relator (MC 017962; Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA; 05/05/2011).

Cabe mencionar que a parte agravada não demonstrou um outro requisito para a concessão do efeito suspensivo, qual seja: o seu possível êxito no recurso de apelação.

Quanto ao segundo requerimento da agravante, pela rejeição do recebimento da apelação de Rodrigo Jereissati de Araújo, entendo por bem negar-lhe provimento. Explico.

É sabido que, afora as peças obrigatórias, impõe-se à agravante instruir o recurso com as peças essenciais e necessárias. De fato, dita juntada se faz imprescindível para a compreensão da segunda controvérsia ora posta, possibilitando ao juízo da instância superior decidir com mais segurança e acerto jurídico.

In casu, não se juntou aos autos indicações suficientes de que o fiador Rodrigo Jereissati de Araújo tenha composto a lide, haja vista que a única menção diz respeito a sua citação que, ante a falta de juntada de documentos, impossível se fez atestar sua efetivação.

A falta destas peças impossibilita a compreensão da controvérsia, não reunindo condições de destrinchar a questão posta em liça no presente recurso que, ressalte-se, cumpre à parte agravante apresentá-las quando de sua protocolização.

Diante do exposto, dou parcial provimento ao Agravo de Instrumento, determinando que o recurso de apelação seja recebido apenas no efeito devolutivo.

É como voto.

Fortaleza, 08 de junho de 2011.

Agravo de Instrumento nº 45970-35.2010.8.06.0000/0, oriundo da 5ª Vara Cível da Comarca de Fortaleza.
Agravante: Editora Globo S/A.
Agravado: José Renato Barroso Braga Neto.
Relatora: Desa. Maria Iracema Martins do Vale.

EMENTA: AGRAVO DE INSTRUMENTO. PROCESSUAL CIVIL. CUMPRIMENTO DE SENTENÇA. PENHORA *ON LINE*. BACEN JUD. EFETIVIDADE DA EXECUÇÃO. DECISÃO MANTIDA.

1. No presente agravo de instrumento, discute-se a possibilidade de realização de penhora *on line* antes de exauridos outros meios disponíveis para localização de bens suscetíveis de penhora.
2. Com o advento da Lei n.º 11.382, em 06 de dezembro de 2006, houve uma grande mudança de paradigma no processo de execução, com o escopo de conferir mais racionalidade à prestação jurisdicional. Entre as principais alterações destaca-se exatamente a penhora on line e a sua utilização de forma prioritária.
3. Não há qualquer vício na decisão interlocutória que determinou a penhora nos termos do art. 655-A do CPC.
4. Jurisprudência do STJ e do TJCE.

- Agravo de Instrumento conhecido e desprovido.
- Decis

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de Agravo de Instrumento nº 45970-35.2010.8.06.0000/0, em que figuram as partes acima indicadas. Acorda a 4ª Câmara Cível do egrégio Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, por unanimidade, em conhecer do recurso interposto, para negar-lhe provimento, confirmando a decisão interlocutória de primeira instância, nos termos do voto da Relatora.

Fortaleza, 21 de setembro de 2011.

RELATÓRIO

Tratam os presentes autos de Agravo de Instrumento contra decisão interlocutória que deferiu penhora on line.

O caso/a ação originária: José Renato Barroso Braga Neto ajuizou ação ordinária de obrigação de fazer em face da Editora Globo S.A., aduzindo que teria sido convencido a realizar uma assinatura anual das revistas "Época" e "Quem" por força de uma promoção veiculada pela agravante. Na oferta, a Editora Globo S.A. comprometia-se a fornecer ao futuro assinante, independentemente de qualquer sorteio,

uma passagem aérea de ida e volta para qualquer lugar do país coberto pelos voos da empresa Transbrasil. O magistrado a quo julgou procedente a demanda, condenando a editora ré a cumprir a obrigação pactuada (fls. 122/128), decisão esta confirmada em acórdão proferido pela 4ª Câmara Cível deste Tribunal (fls. 187/190).

A decisão agravada: Em fase de cumprimento de sentença, o magistrado a quo proferiu decisão interlocutória (fl. 218) determinando a penhora on line de R$ 174.800,00 (cento e setenta e quatro mil e oitocentos reais), correspondente ao valor da obrigação.

O agravo de instrumento: irresignada com a decisão, a agravante afirma que a constrição realizada pelo magistrado singular viola a ordem legal, posto que existiam outros meios menos gravosos para efetivar a execução.

Decisão interlocutória, proferida pelo então Relator do feito, Des. Francisco Lincoln Araújo e Silva, deferindo o efeito suspensivo ao agravo, por entender presentes os requisitos legais (fls. 249/251).

Contraminuta, às fls. 254/270, na qual o recorrido pugnou pela manutenção da decisão agravada, por seus próprios e jurídicos fundamentos.

Informações do Juízo de primeiro grau, à fl. 272, reafirmando os fundamentos de sua decisão.

Parecer da Procuradoria Geral de Justiça, da lavra do atual Des. Teodoro Silva Santos, se posicionando pela inexistência de interesse público que justificasse a intervenção do Ministério Público (fls. 276/278).

É o relatório. Passo a decidir.

VOTO

No presente agravo de instrumento, discute-se a possibilidade de realização de penhora on line antes de exauridos outros meios disponíveis para localização de bens suscetíveis de penhora.

Para dirimir a presente controvérsia é preciso ter em mente que o processo civil brasileiro passou por recentes evoluções no que concerne à efetividade e celeridade das medidas executórias, destacando que o objetivo primeiro do processo executivo é a satisfação do credor.

Com o advento da Lei n.º 11.382, em 06 de dezembro de 2006, houve uma grande mudança de paradigma no processo de execução, com o escopo de conferir mais racionalidade à prestação jurisdicional. Entre as principais alterações estão, exatamente, a equiparação do dinheiro em espécie ao dinheiro depositado ou aplicado em instituição bancária e a introdução no sistema processual da possibilidade preferencial de constrição eletrônica desses valores.

Nesta esteira, o legislador viabilizou uma forma de execução mais coerente com os avanços da informática, no intuito de aperfeiçoar o mecanismo da penhora, permitindo que ela fosse efetivada pela via eletrônica. É o que se extrai do art. 655-A

do CPC:

> "Art. 655-A. Para possibilitar a penhora de dinheiro em depósito ou aplicação financeira, o juiz, a requerimento do exeqüente, requisitará à autoridade supervisora do sistema bancário, preferencialmente por meio eletrônico, informações sobre a existência de ativos em nome do executado, podendo no mesmo ato determinar sua indisponibilidade, até o valor indicado na execução."

Com a realização preferencial da penhora eletrônica, evita-se oportunizar ao devedor frustrar a execução, valendo-se do lapso temporal entre a expedição do ofício ao Banco Central do Brasil, cujo conhecimento está ao seu alcance, e a efetiva penhora.

Nesta linha de raciocínio, firmou-se a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, como se extrai dos excertos jurisprudenciais que seguem transcritos:

> "PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. EXECUÇÃO CIVIL. PENHORA. ART. 655-A DO CPC. SISTEMA BACEN-JUD. ADVENTO DA LEI N.º 11.382/2006. INCIDENTE DE PROCESSO REPETITIVO.
> I - JULGAMENTO DAS QUESTÕES IDÊNTICAS QUE CARACTERIZAM A MULTIPLICIDADE. ORIENTAÇÃO – PENHORA ON LINE. a) A penhora on line, antes da entrada em vigor da Lei n.º 11.382/2006, configura-se como medida excepcional, cuja efetivação está condicionada à comprovação de que o credor tenha tomado todas as diligências no sentido de localizar bens livres e desembaraçados de titularidade do devedor. b) Após o advento da Lei n.º 11.382/2006, o Juiz, ao decidir acerca da realização da penhora on line, não pode mais exigir a prova, por parte do credor, de exaurimento de vias extrajudiciais na busca de bens a serem penhorados.
> II - JULGAMENTO DO RECURSO REPRESENTATIVO - Trata-se de ação monitória, ajuizada pela recorrente, alegando, para tanto, titularizar determinado crédito documentado por contrato de adesão ao "Crédito Direto Caixa", produto oferecido pela instituição bancária para concessão de empréstimos. A recorrida, citada por meio de edital, não apresentou embargos, nem ofereceu bens à penhora, de modo que o Juiz de Direito determinou a conversão do mandado inicial em título executivo, diante do que dispõe o art. 1.102-C do CPC. - O Juiz de Direito da 6ª Vara Federal de São Luiz indeferiu o pedido de penhora on line, decisão que foi mantida pelo TJ/MA ao julgar o agravo regimental em agravo de instrumento, sob o fundamento de que, para a efetivação da penhora eletrônica, deve o credor comprovar que esgotou as tentativas para localização de outros bens do devedor. - Na espécie, a decisão interlocutória de primeira instância que indeferiu a medida constritiva pelo sistema Bacen-Jud, deu-se em 29.05.2007 (fl. 57), ou seja, depois do advento da Lei n.º 11.382/06, de 06 de dezembro de 2006, que alterou o CPC quando incluiu os depósitos e aplicações em instituições financeiras como bens preferenciais na ordem da penhora como se fossem dinheiro em espécie (art. 655, I) e admitiu que a constrição se realizasse preferencialmente por meio eletrônico (art.

> 655-A). RECURSO ESPECIAL PROVIDO". (STJ; REsp 1112943/MA, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, CORTE ESPECIAL, julgado em 15/09/2010, DJe 23/11/2010)
> * * *

> "PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. EXECUÇÃO FISCAL. PENHORA ELETRÔNICA DE DIREITO (BACEN JUD). DECISÃO POSTERIOR ÀS MODIFICAÇÕES INTRODUZIDAS PELA LEI 11.382/2006. POSSIBILIDADE. ART. 620 DO CPC. INVOCAÇÃO GENÉRICA. INVIABILIDADE.
> 1. Em 19.4.2007, o juízo de 1º grau acolheu o pedido da Fazenda Pública para determinar a constrição de ativos financeiros por meio de solicitação ao Banco Central do Brasil, conforme art. 655-A do CPC, com a redação da Lei 11.382/2006.
> 2. O acórdão que reformou a decisão merece correção para adequar-se à nova disciplina jurídica, aplicável de imediato aos processos em curso. Precedentes do STJ.
> 3. A tese de violação do Princípio da Menor Onerosidade não pode ser defendida de modo genérico ou simplesmente retórico, cabendo à parte executada a comprovação, inequívoca, dos prejuízos a serem efetivamente suportados, bem como da possibilidade, sem comprometimento dos objetivos do processo de execução, de satisfação da pretensão creditória por outros meios.
> 4. Agravo Regimental não provido". (STJ; AgRg no REsp 1103760/CE, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 23/04/2009, DJe 19/05/2009)

No mesmo sentido está o entendimento adotado por esta egrégia Corte de Justiça, como se observa nos seguintes julgados:

> "AGRAVO DE INSTRUMENTO. PROCESSUAL CIVIL. CUMPRIMENTO DE SENTENÇA. PENHORA ON LINE. BACEN JUD. EFETIVIDADE DA EXECUÇÃO. ONEROSIDADE. AUSÊNCIA DE EFETIVA DEMONSTRAÇÃO. DECISÃO MANTIDA.
> I - Não é requisito para a chamada penhora on line, até porque inexiste restrição legal, a comprovação do esgotamento de buscas de bens do devedor passíveis de fazer frente ao valor executado, podendo ser aplicada quando se mostrar necessária à efetividade da execução.
> II - Consoante jurisprudência do STJ, não cabe a simples alegação de onerosidade da execução se não restar demonstrado pelo executado, e de fato não restou, o efetivo prejuízo advindo da penhora eletrônica, bem como a possibilidade de cumprimento da sentença por outros meios menos gravosos.
> III - Consoante de depreende do documento acostado à fl. 167, somente os valores reconhecidos como devidos pelo próprio agravante encontram-se bloqueados, tendo sido a quantia que excedia tal valor imediatamente liberada pelo juízo de origem. AGRAVO IMPROVIDO". (TJCE; Agravo de Instrumento 7721201080600000; Relator(a): LINCOLN TAVARES DANTAS; Comarca: Fortaleza; Órgão julgador: 4ª Câmara Cível; Data de

registro: 01/06/2010)
* * *
"DIREITO PROCESSUAL. PENHORA ON LINE. INDEFERIMENTO NA ORIGEM EM RAZÃO, À ÉPOCA, DA INEXISTÊNCIA DE CONVÊNIO COM O BANCO CENTRAL DO BRASIL. SUPERAÇÃO DO MENCIONADO FUNDAMENTO EM RAZÃO DA FIRMAÇÃO, PELO PODER JUDICIÁRIO, DO REFERIDO CONVÊNIO, OPERACIONALIZADO POR MEIO DO SISTEMA BACEN JUD. PRESENÇA DOS REQUISITOS NECESSÁRIOS À CONSECUÇÃO DA PENHORA ON LINE. AGRAVO CONHECIDO E PROVIDO, DETERMINANDO-SE QUE O MAGISTRADO A QUO PROCEDA AO BLOQUEIO DE VALORES POR MEIO DO SISTEMA BACEN JUD.
1. A superveniência da lei federal que possibilitou a firmação do Convênio com o Banco Central do Brasil viabilizou a operacionalização, autorizada pela Lei 11.382/06, da penhora on line. Nada impede, ademais, o deferimento de penhora on line quando o pedido foi formulado antes do advento da lei, haja vista que se trata de uma norma processual, com projeção de efeitos imediatos, possibilitando-se, inclusive, que o pedido fosse renovado no dia seguinte à entrada em vigor da lei.
2. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça firmou-se no sentido de que, após o advento da Lei nº 11.382/06, o juiz não pode exigir do credor o exaurimento das diligências, na busca por outros bens, para a decretação da penhora on line. (REsp 1.112.943-MA, Rel. Min. Nancy Andrighi).
3.Agravo conhecido e provido, determinando-se que o magistrado a quo proceda ao bloqueio de valores por meio do sistema Bacen jud". (TJCE; Agravo de Instrumento 2164450200680600000; Relator(a): MARIA NAILDE PINHEIRO NOGUEIRA; Comarca: Fortaleza; Órgão julgador: 2ª Câmara Cível; Data de registro: 18/05/2011)

Importar frisar, ainda, que o valor a ser bloqueado não é objeto da insurgência recursal. Assim, em virtude do princípio tantum devolutum quantum appellatum, o Tribunal não pode conhecer, em segundo grau de jurisdição, da matéria, consequência do princípio devolutivo, e expresso no art. 515 do CPC (Art. 515. A apelação devolverá ao tribunal o conhecimento da matéria impugnada).

Nestes termos, a manutenção da decisão agravada é medida que se impõe.

DISPOSITIVO

Por tais razões, conheço do agravo interposto para negar-lhe provimento, confirmando a decisão interlocutória de primeira instância, para o fim específico de manter a penhora *on line* realizada em 1º grau de jurisdição.

É como voto.

Fortaleza, 21 de setembro de 2011.

Agravo de Instrumento nº 46237-07.2010.8.06.0000/0
Agravante: Arilo Ferreira Severo
Agravado: Banco Itauleasing S.A.
Relator: Desembargador Ademar Mendes Bezerra

EMENTA: PROCESSO CIVIL. AÇÃO REVISIONAL DE CLÁUSULAS DE CONTRATO DE FINANCIAMENTO BANCÁRIO. ALEGAÇÃO DE NULIDADE. PROPOSIÇÃO DE DEPOSITAR, JUDICIALMENTE, O VALOR DAS PARCELAS APURADO EM CÁLCULO UNILATERAL NO QUAL FORAM APLICADOS JUROS DE UM POR CENTO AO MÊS SOBRE O PRINCIPAL DA DÍVIDA. PEDIDO DE ELIMINAÇÃO DA CAPITALIZAÇÃO MENSAL DOS JUROS. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA VINCULANTE Nº 7 DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. HIGIDEZ DA TAXA DE JUROS CONTRATADA. CONTRATO ASSINADO APÓS A MEDIDA PROVISÓRIA Nº 1.963-17, DE 30 DE MARÇO DE 2000. AUSÊNCIA DE VEROSSIMILHANÇA DO DIREITO, NESTES PARTICULARES. INCIDÊNCIA DA SÚMULA Nº 380 DO STJ.

– Ao propor a ação revisional de cláusulas de contrato de financiamento bancário o autor imputou como nula a taxa de juros contratada, requerendo a eliminação, da evolução contratual, da capitalização mensal dos juros, enquanto tal hipótese é permitida após a vigência da Medida Provisória nº nº 1.963-17, de 30 de março de 2000, e o instrumento obrigacional foi firmado no ano de 2007.

– Segundo vige a Súmula Vinculante nº 7 do Supremo Tribunal Federal "a norma do §3º do artigo 192 da Constituição, revogada pela Emenda Constitucional nº 40/2003, que limitava a taxa de juros reais a 12% ao ano, tinha sua aplicação condicionada à edição de lei complementar".

– A Súmula nº 380 do STJ determina que "a simples propositura da ação de revisão de contrato não inibe a caracterização da mora do autor (Súmula 380, SEGUNDA SEÇÃO, DJe 05/05/2009)".

– Portanto, não se configura a verossimilhança do direito postulado pelo autor para depositar judicialmente o valor das parcelas de acordo com planilha de cálculos por si apresentada, pois sobre o principal, nesta etapa inicial de cognição processual, deve incidir a taxa de juros contratada e a capitalização

mensal dos juros.
- A manutenção do bem objeto do litígio na posse do agravante, assim como a sua exclusão dos cadastros de proteção ao crédito dependem do depósito judicial do valor correspondente à integralidade das parcelas contatadas.
Agravo conhecido, mas desprovido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de apelação cível nº 46237-07.2010.8.06.0000/0, em que figuram as partes acima indicadas, acordam os Desembargadores integrantes da Turma Julgadora da Segunda Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, por unanimidade, conhecer do recurso em referência para negar-lhe provimento, nos termos do voto do Relator.

Fortaleza, 16 de fevereiro de 2011.

RELATÓRIO

Cuida-se de agravo de instrumento com pedido de efeito suspensivo ajuizado contra decisão proferida pelo MM Juiz da 20ª Vara Cível desta comarca que, na ação ordinária nº 403980-93.2010.8.06.0001, condicionou a concessão de liminar da manutenção de posse e o deferimento do impedimento à inclusão do nome do agravante em cadastros de proteção ao crédito à efetivação do depósito judicial das parcelas vincendas da obrigação contratada.

O agravante pretende ver modificado o decisum, alegando, em síntese, que a decisão não aponta efetivamente o valor a ser depositado, impossibilitando o cumprimento desta, ressaltando ainda, que conforme o texto da Sumula nº 297, do Superior Tribunal de Justiça, o dispositivo legal que regula a matéria é a Lei 9.078/90, deixando clara a ilegalidade das cláusulas reguladoras dos encargos, caracterizando à abusividade genérica prevista nos arts. 6º, inciso V e 51, do Texto legal acima citado.

Requer, ao final, a concessão do efeito suspensivo e, no mérito, o provimento do presente recurso para reformar a decisão agravada.

À fl. 20 E verso proferi decisão negando a atribuição de efeito suspensivo à liminar *a quo*, admitindo, todavia, o curso do agravo na forma de instrumento.

O agravante interpôs recurso regimental (fls. 25/35), irresignação esta que não foi conhecida pelo órgão colegiado (fls. 58/60).

O agravado não ofereceu resposta (fl. 138) e nem as informações foram prestadas.

Instada a se manifestar, a douta Procuradoria Geral de Justiça ofereceu o opinativo de fls. 157/161.

É o relatório.

VOTO

Recurso tempestivo e cabível.

A questão jurídica devolvida ao conhecimento no seio do agravo diz respeito à possibilidade de que a consignação judicial das parcelas vincendas decorrentes do contrato de financiamento celebrado entre as partes ocorra de acordo com o valor constante em planilha unilateralmente produzida pelo autor e presente às fls. 19/20.

Na inicial o ora recorrente pretende a exclusão do anatocismo e refuta a pactuação de juros acima do limite de doze por cento ao ano, pugnando pela aplicação da taxa de juros Selic.

Entretanto, a utilização de taxa de juros diversa da pactuada viola a Súmula Vinculante nº 7 do Supremo Tribunal Federal:

> A norma do §3º do artigo 192 da Constituição, revogada pela Emenda Constitucional nº 40/2003, que limitava a taxa de juros reais a 12% ao ano, tinha sua aplicação condicionada à edição de lei complementar. (DJe nº 112, p. 1, em 20/6/2008, DOU de 20/6/2008, p. 1)

E a jurisprudência pátria entende que é possível a capitalização de juros em período inferior a um ano quando o contrato é posterior à Medida Provisória nº 1.963-17, de 30 de março de 2000, a qual, em seu art. 5º, prescreve: "nas operações realizadas pelas instituições integrantes do Sistema Financeiro Nacional, é admissível a capitalização de juros com periodicidade inferior a um ano".

A documentação transladada pelo agravante demonstra que o contrato foi firmado após a vigência da mencionada MP nº 1.963-17, fato este que permite, em tese, o pacto de capitalização de juros em período inferior a um ano.

A higidez legal dos demais acessórios do financiamento devem ser discutidos e julgados em sentença, molde a não se permitir a supressão de instância jurisdicional.

Por este motivo, entendo que não se encontra presente a verossimilhança do direito ao depósito da quantia apurada em cálculo unilateralmente produzida pelo autor, sendo necessária a consignação judicial do valor da parcela prevista no instrumento obrigacional, considerando, ainda, que nos termos da Súmula nº 380 do STJ "a simples propositura da ação de revisão de contrato não inibe a caracterização da mora do autor (Súmula 380, SEGUNDA SEÇÃO, DJe 05/05/2009)".

A manutenção do bem objeto do litígio na posse do agravante, assim como a sua exclusão dos cadastros de proteção ao crédito dependem do depósito judicial do valor correspondente à integralidade das parcelas contatadas.

Isto posto, conheço do agravo, mas para negar-lhe provimento.

É como voto.

Fortaleza, 16 de fevereiro de 2011.

Agravo de Instrumento nº 6181-29.2010.8.06.0000.
Agravante: Renato Herbert Monte de Moura.
Agravado: Ministério Público do Estado do Ceará.
Relatora: Desa. Maria Iracema Martins do Vale.

EMENTA: AGRAVO DE INSTRUMENTO. DECISÃO EM AÇÃO CIVIL PÚBLICA QUE CONCEDEU A MEDIDA LIMINAR REQUERIDA. CASA DE SHOW. FUNCIONAMENTO EM PERÍMETRO RESIDENCIAL. POLUIÇÃO SONORA E DEGRADAÇÃO AMBIENTAL. ART. 3º, III, "A" e "E" DA LEI 6.938/81. DECISÃO MANTIDA. AGRAVO IMPROVIDO.

1. No caso, agravo de instrumento interposto em face de decisão interlocutória que, nos autos de ação civil pública movida pelo Ministério Público Estadual, deferiu medida a fim de suspender as atividades de clube de festas "Meidu Mato", localizado em perímetro residencial.
2. A poluição sonora, mesmo em área urbana, mostra-se tão nefasta aos seres humanos e ao meio ambiente como outras atividades que comprometam a sadia qualidade de vida, assegurada pela Constituição Federal em seu Art. 225, *caput*.
3. Ante o princípio da concordância prática, havendo conflito acerca de bens constitucionalmente protegidos, deve-se ponderar a fim de que, diante do caso concreto, um prevaleça sobre o outro. Assim, ante a prevalência do interesse público sobre o privado, não merece reforma a decisão de primeiro grau de jurisdição.
- Agravo conhecido e não provido.
- Decisão interlocutória mantida.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de Agravo de Instrumento nº 6181-29.2010.8.06.0000, em que figuram as partes acima indicadas. Acorda a 4ª Câmara Cível deste egrégio Tribunal de Justiça, de forma unânime, em conhecer do agravo interposto, mas para negar-lhe provimento, a fim de manter inalterada a decisão a quo, nos termos do voto da Relatora.

Fortaleza, 5 de outubro de 2011.

RELATÓRIO

Tratam os presentes autos de Agravo de Instrumento com pedido de efeito suspensivo interposto contra decisão do Juízo da 1ª Vara da Comarca de Maranguape/

CE.

O caso/ a ação originária: O Ministério Público Estadual ingressou com ação civil pública (proc. originário nº 2048-09.2009.8.06.0119/0) em face de Renato Herbert Monte de Moura e do Município de Maranguape/Ce, requerendo, a título de medida liminar, a imediata suspensão de todas as atividades do clube "Meidu Mato", de propriedade do agravante, sob o argumento de que o mencionado estabelecimento "é situado em área residencial de Maranguape (Rua Mundica Paula) no centro da cidade" (fl. 34) e que, com a realização das festas promovidas pela casa de show "há a propagação de elevados índices de poluição sonora e com as grandes atrações, acumula-se verdadeira massa humana sem válvula de escape em caso de necessidade, propiciando tumulto e insegurança até aos frequentadores" (fl. 35). Alegou, ainda, o membro do Parquet, que "em pouco tempo de funcionamento, já existem ocorrências policiais registradas" (fl. 35).

Outro ponto suscitado pelo requerente da ação civil pública é o fato de que "o clube está instalado às margens de um recurso hídrico, causando dano ao meio ambiente, sem qualquer estudo de impacto ambiental." (fl. 34).

A decisão agravada: Conforme consta às fls. 24/25, a julgadora a quo deferiu o pedido liminar formulado na inicial. Confira-se seu dispositivo:

> "Assim, com a finalidade de acautelar situação provisória de segurança para os interesses da coletividade e do meio ambiente, CONCEDO A MEDIDA LIMINAR DE TUTELA ANTECIPADA, PARA FINS DE SUSPENDER IMEDIATAMENTE AS ATIVIDADES DO CLUBE MEIDU MATO". (sic)

Daí o presente agravo de instrumento objetivando a reforma da decisão de primeiro grau de jurisdição.

Informações prestadas às fls. 52/55.

Apesar de pessoalmente intimado (fl. 84v), o Representante do Ministério Público deixou transcorrer in albis o prazo para apresentar contraminuta ao recurso interposto (fl. 87).

Do pedido de efeito suspensivo: às 89/94, esta Relatora negou a medida antecipatória.

Parecer da Procuradoria Geral de Justiça: às fls. 98/102, deixando de se manifestar acerca do mérito da demanda.

É o relatório.

Desnecessária a revisão, incluiu-se em pauta.

VOTO

Como já explicitado, trata-se de recurso interposto contra decisão da lavra da MMa. Juíza de Direito da 1ª Vara da Comarca de Maranguape, a qual deferiu medida liminar em ação civil pública, suspendendo as atividades do clube "Meidu Mato", de propriedade do agravante.

Da análise acurada dos fatos descritos no agravo de instrumento em questão, observa-se que não merece reforma a decisão de primeiro grau de jurisdição.

Como sabido, a poluição sonora, mesmo em área urbana, mostra-se tão nefasta aos seres humanos e ao meio ambiente como outras atividades que comprometam a sadia qualidade de vida, assegurada pela Constituição Federal em seu Art. 225, caput. Confira-se o texto constitucional:

> Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá- lo para as presentes e futuras gerações.

Ressalte-se que o direito ao silêncio é uma das manifestações jurídicas mais atuais da vida em sociedade, mesmo nos grandes centros urbanos.

Neste sentido, pacífica a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, como se extrai do seguinte julgado:

> "PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. MEIO AMBIENTE. DIREITO AO SILÊNCIO. POLUIÇÃO SONORA. ART. 3°, III, ALÍNEA "E", DA LEI 6.938/1981. INTERESSE DIFUSO. LEGITIMIDADE AD CAUSAM DO MINISTÉRIO PÚBLICO.
> 1. Hipótese de Ação Civil Pública ajuizada com o fito de cessar poluição sonora causada por estabelecimento comercial.
> 2. Embora tenha reconhecido a existência de poluição sonora, o Tribunal de origem asseverou que os interesses envolvidos são individuais, porquanto afetos a apenas uma parcela da população municipal.
> 3. **A poluição sonora, mesmo em área urbana, mostra-se tão nefasta aos seres humanos e ao meio ambiente como outras atividades que atingem a "sadia qualidade de vida", referida no art. 225, caput, da Constituição Federal.**
> 4. **O direito ao silêncio é uma das manifestações jurídicas mais atuais da pós-modernidade e da vida em sociedade, inclusive nos grandes centros urbanos.**
> 5. **O fato de as cidades, em todo o mundo, serem associadas à ubiqüidade de ruídos de toda ordem e de vivermos no país do carnaval e de inumeráveis manifestações musicais não retira de cada brasileiro o direito de descansar e dormir, duas das expressões do direito ao silêncio, que encontram justificativa não apenas ética, mas sobretudo fisiológica.**
> 6. Nos termos da Lei 6.938/81 (Lei da Política Nacional do Meio Ambiente), também é poluição a atividade que lance, no meio ambiente, "energia em desacordo com os padrões ambientais estabelecidos" (art. 3°, III, alínea "e", grifei), exatamente a hipótese do som e ruídos. Por isso mesmo, inafastável a aplicação do art. 14, § 1°, da mesma Lei, que confere legitimação para agir ao Ministério Público.
> 7. Tratando-se de poluição sonora, e não de simples incômodo restrito aos lindeiros de parede, a atuação do Ministério Público não se dirige à tutela de direitos individuais de vizinhança, na acepção civilística tradicional, e, sim, à defesa do meio ambiente, da saúde e da tranqüilidade pública, bens de natureza difusa.

> 8. O Ministério Público possui legitimidade para propor Ação Civil Pública com o fito de prevenir ou cessar qualquer tipo de poluição, inclusive sonora, bem como buscar a reparação pelos danos dela decorrentes.
> 9. A indeterminação dos sujeitos, considerada ao se fixar a legitimação para agir na Ação Civil Pública, não é incompatível com a existência de vítimas individualizadas ou individualizáveis, bastando que os bens jurídicos afetados sejam, no atacado, associados a valores maiores da sociedade, compartilhados por todos, e a todos igualmente garantidos, pela norma constitucional ou legal, como é o caso do meio ambiente ecologicamente equilibrado e da saúde.
> 10. Recurso Especial provido." (REsp 1051306/MG, Rel. Ministro CASTRO MEIRA, Rel. p/ Acórdão Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 16/10/2008, DJe 10/09/2010) (destacado).

No mesmo sentido, é a jurisprudência dos mais diversos Tribunais de nossa Federação, como se depreende dos seguintes excertos:

> "AGRAVO DE INSTRUMENTO - AÇÃO CIVIL PÚBLICA - PROTEÇÃO DO MEIO AMBIENTE E DA ORDEM URBANÍSTICA - MINISTÉRIO PÚBLICO - LEGITIMIDADE ATIVA - TUTELA ANTECIPADA - POLUIÇÃO SONORA - VEDAÇÃO - PRAÇA E CALÇADA - BENS PÚBLICOS DE USO COMUM DO POVO - FRUIÇÃO PRIVADA - VEDAÇÃO.
> 1. Patente é a legitimidade do Ministério Público para propor ação civil pública visando a defesa de interesses difusos e coletivos voltados à proteção do meio ambiente e da ordem urbanística, alegadamente atingidos pela poluição sonora e pela ocupação indevida de bens de uso comum com fins particulares.
> 2. Deve ser mantida a decisão que, nos autos da ação civil pública, veda, em antecipação de tutela, qualquer tipo de sonorização produzida por aparelhos ou por execução ´ao vivo´ que possa causar prejuízos aos moradores do entorno, nos moldes da legislação reguladora da matéria".
> 3. Praça e calçada são bens públicos de uso comum do povo, e, desse modo, como regra geral, não podem ou não devem ser submetidos à fruição privada de ninguém". (TJMG; AI 2312912-38.2008.8.13.0701; 15ª Câmara Cível; Rel. Des. MAURÍLIO GABRIEL; DJ 30/11/2009) (destacado).
> * * *
> "Ação popular. Atos lesivos ao meio ambiente. Poluição sonora. Estabelecimento comercial. Falta de atuação do Município. Exercício do poder de polícia. Intervenção do Poder Judiciário. A ação popular tem como um dos seus objetivos a anulação de ato lesivo ao meio ambiente. **A Constituição assegura a todos o direito ao meio ambiente equilibrado, porque essencial à sadia qualidade de vida, impondo ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e de preservá-lo para as presentes e futuras gerações (art. 225), bem como coloca a garantia do bem-estar dos habitantes das cidades como objetivo da política de desenvolvimento urbano, que deve ser executada pelos Municípios (art. 182, caput). A falta da atuação do órgão executivo municipal para, no exercício do seu poder de polícia, coibir poluição sonora emitida por estabelecimento comercial, em detrimento da preservação das condições vitais dos munícipes e do indispensável conforto exigido pela natureza humana, determina a intervenção do Poder Judiciário para**

> **assegurar o primado do interesse social**. Rejeitam-se as preliminares e nega-se provimento ao recurso". (TJMG, AP 0256214-47.2004.8.13.0261; 4ª Câmara Cível; Rel. Des. ALMEIDA MELO; DJ 18/10/2006)

Ademais, ante o princípio da concordância prática, havendo conflito acerca de bens constitucionalmente protegidos, deve-se ponderar a fim de que, diante do caso concreto, um prevaleça sobre o outro.

In casu, deve o interesse público prevalecer sobre o interesse privado. É que, sendo o meio ambiente direito difuso, todos os moradores da cidade de Maranguape, ou pelo menos os que residem nos arredores do clube ora em questão, são prejudicados pela poluição sonora causada.

Sobre o tema, confiram-se os seguintes precedentes:

> "ADMINISTRATIVO. POLUIÇÃO SONORA. IMPOSIÇÃO DE MEDIDAS DE CONTROLE DOS RUÍDOS SONOROS. VIABILIDADE. MEIO AMBIENTE. PROTEÇÃO. PONDERAÇÃO DE INTERESSES. **A máxima da proporcionalidade, ditada para operacionalização do princípio da concordância prática, recomenda o sacrifício de direitos individuais, quando contrapostos a interesses comunitários relevantes [na hipótese, o direito fundamental ao meio ambiente equilibrado, previsto no art. 225,** *caput***, da Constituição Federal**]. AGRAVO DE INSTRUMENTO DESPROVIDO, POR MAIORIA." (TJRS; AI nº 70034656777, 22ª Câmara Cível, Rela. Desa. Mara Larsen Chechi, DJ 06/05/2010) (destacado).
> * * *
> "AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. MUNICÍPIO DE VIAMÃO. POLUIÇÃO SONORA. CASA NOTURNA. SOSSEGO E TRANQÜILIDADE IGNORADOS. INTERESSE PÚBLICO (MEIO AMBIENTE SAUDÁVEL) A PREVALECER SOBRE O INDIVIDUAL. CASO CONCRETO A EVIDENCIAR A NECESSIDADE DE MANUTENÇÃO DA ANTECIPAÇÃO DE TUTELA. À UNANIMIDADE, NEGARAM PROVIMENTO AO AGRAVO DE INSTRUMENTO." (TJRS; AI nº 70012680021, 3ª Câmara Cível, Rel. Des. Mário Crespo Brum, Julgado em 10/11/2005).

Sendo assim, não vislumbrando a presença da verossimilhança da alegação, não há que se falar em reforma da decisão ora combatida.

DISPOSITIVO

Diante do exposto, com fulcro nos fatos e fundamentos jurídicos acima explicitados, conheço do presente agravo de instrumento, mas para negar-lhe provimento, mantendo inalterada a decisão de primeiro grau de jurisdição.

É como voto.

Fortaleza, 05 de outubro de 2011.

Mandado de Segurança

PROCESSO Nº 0000066-89.2010.8.06.0000.
MANDADO DE SEGURANÇA.
IMPETRANTE: Valcimon Goiana Melo.
IMPETRADO: Desembargador Francisco de Assis Filgueira Mendes.
RELATOR: Desembargador Fernando Luiz Ximenes Rocha.

Ementa:
CONSTITUCIONAL E PROCESSUAL CIVIL. MANDADO DE SEGURANÇA CONTRA DECISÃO DO RELATOR QUE, EM SEDE DE AGRAVO DE INSTRUMENTO, CONFERIU EFEITO SUSPENSIVO. IRRECORRIBILIDADE. ART. 527, CPC. CABIMENTO UNICAMENTE QUANDO SE TRATAR DE ATO JUDICIAL NÃO PASSÍVEL DE RECURSO E REVELAR-SE A DECISÃO TERATOLÓGICA OU MANIFESTAMENTE ILEGAL. INOCORRÊNCIA. DIREITO LÍQUIDO E CERTO. AUSÊNCIA. SEGURANÇA DENEGADA.
1. A decisão do relator que converte o agravo de instrumento em agravo retido, que agrega ou não efeito suspensivo ao agravo de instrumento ou antecipa ou não a tutela recursal no todo ou em parte é irrecorrível, sendo passível de reforma tão-somente no momento do julgamento do agravo ou se o próprio relator a reconsiderar (art. 527, parágrafo único, CPC).
2. A impetração de mandado de segurança contra ato judicial é medida excepcional, o que faz que a admissão do *writ* encontre-se condicionada à natureza teratológica da decisão combatida, seja por manifesta ilegalidade, seja por abuso de poder, o que não ocorre *in casu*, porquanto devidamente motivada e em harmonia com precedentes da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça.
3. Segurança denegada.

ACÓRDÃO

Acordam os integrantes do Órgão Especial do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, por unanimidade, em denegar a segurança, nos termos do voto do Relator.

Fortaleza, 06 de outubro de 2011.

RELATÓRIO

Cuida-se de mandado de segurança com pedido de medida liminar impetrado por Valcimon Goiana Melo contra ato indigitado coator atribuído ao Desembargador Francisco de Assis Filgueira Mendes, o qual, ao apreciar agravo de instrumento (Proc. nº 26753-40.2009.8.06.0000; fls. 106-117) interposto pelo Estado do Ceará em face de

decisão do Juiz da 2ª Vara da Fazenda Pública desta Comarca, suspendeu os efeitos da tutela antecipada concedida em primeiro grau (fls. 16-19).

Aforado o *writ* em 06.01.2010 (durante o recesso judiciário; fl. 57), foram os fólios conclusos ao Desembargador Francisco Sales Neto, que em decisão unipessoal de fls. 62-66, indeferiu o requesto liminar, sob o fundamento de que, "não havendo teratologia nem lesão grave ao direito tutelado", impossível a concessão da medida de urgência (fl. 65-66).

Posteriormente distribuídos os autos à Desembargadora Vera Lúcia Correia Lima, essa aderiu aos motivos do decisório prolatado pelo Desembargador Francisco Sales Neto, mantendo-o; para determinar, em seguida, a notificação da autoridade reputada coatora e a cientificação do ente político interessado, além de vista ao Ministério Público (fls. 70-71).

Em informações de fls. 76-82 (v. também fls. 89-95), assere a autoridade impetrada que a obtenção de liminar, essencialmente de caráter precário, em primeiro grau de jurisdição não confere ao autor qualquer direito líquido e certo, além de a Lei nº 12.016/2009 (LMS) não admitir a utilização desta ação constitucional ante "ato jurisdicional de Desembargador", exceto na hipótese de teratologia (ilegalidade ou abuso de poder), o que não se verifica *in casu*, porquanto a atribuição de efeito suspensivo ao agravo de instrumento é consectário do art. 527, III, CPC, motivo pelo qual não existe o mínimo traço de ofensa a dispositivo legal, invocando, inclusive, a Súmula nº 267 do Supremo Tribunal: "Não cabe mandado de segurança contra ato judicial passível de recurso ou correição".

Refere que a própria inércia do autor, na cautelar, em não observar o disposto no art. 806, CPC – fato esse omitido pelo impetrante – é que lhe acarretou prejuízo em face da extinção daquela demanda, visto que a si competia, no trintídio legal, contado da data da efetivação da medida cautelar, propor a correspondente ação, desaparecendo, portanto, os efeitos dela decorrentes, a implicar a conclusão irregular do curso e a ausência de situação legítima a manter os efeito da liminar, de sorte que sequer seria admissível o presente *mandamus*.

Expõe, ainda, que o manejo do mandado de segurança, além de burlar o princípio do juiz natural, ao pretender submeter a apreciação da decisão exarada em agravo de instrumento ao crivo de julgador da mesma hierarquia, reveste-se de absoluta má-fé processual, visto que irrecorrível a decisão concessiva ou denegatória de liminar em agravo de instrumento (art. 527, p. ún., CPC).

Por fim, a reforçar a ausência de direito líquido e certo a reconhecer, assevera que somente após dar-se conta da extinção da cautelar é que promoveu o impetrante ação ordinária intentando nova tutela jurisdicional, visando, pois, livrar-se das consequências advindas de sua desídia, mas os desaparecidos efeitos da anterior liminar não poderiam ser ressuscitados retroativamente, ante a conclusão do curso de formação pelo autor de maneira precária, a afastar igualmente a teoria do fato consumado.

Em manifestação de fls. 98-105, o Estado do Ceará argumenta que o impetrante foi incluído no Curso de Formação de Oficiais (CFO 2005) por força de

provimento de urgência em ação cautelar (Proc. 2006.0012.9850-0), a qual, tão logo extinta (art. 806, CPC) (fls. 147-148), fez desaparecer os efeitos daquele ato judicial, de sorte que o ora impetrante ajuizou ação ordinária com o fito de assegurar, concluído o CFO, sua permanência no posto de aspirante a oficial e a consequente promoção a 1º tenente.

Afirma, preliminarmente, o descabimento do *mandamus* ante a ausência de abusividade ou teratologia da decisão unipessoal exarada no agravo de instrumento e, no mérito, a impossibilidade de promover a 1º tenente o autor – enquanto candidato *sub judice* – por aplicação da teoria do fato consumado, bem como a incidência ao caso do decidido em medida cautelar pelo STF na ADC nº 4/DF, é dizer, quanto à "suspensão, com eficácia *ex nunc* e com efeito vinculante, até final julgamento da ação, a prolação de qualquer decisão sobre pedido de tutela antecipada, contra a Fazenda Pública, que tenha por pressuposto a constitucionalidade ou a inconstitucionalidade do art. 1º da Lei nº 9.494, de 10/9/97", uma vez que a medida postulada importará pagamento de remuneração a pessoa que não preenche os requisitos necessários – aprovação em todas as fases do concurso.

O Ministério Público, em parecer de fls. 150-154, opinou pela denegação da segurança.

Em 24.08.2011 vieram-me conclusos os autos pela primeira vez, em atenção ao preceituado na Portaria nº 767/2011 (DJ eletrônico de 07.06.2011, p. 04-05), que determinou a realização de novo sorteio ante a criação do Órgão Especial, sobrevindo-me a relatoria do feito (fl. 158).

É o relatório.

VOTO

Passo, inicialmente, à análise do cabimento da via eleita.

Como sabido, o mandado de segurança presta-se, de conformidade com o inciso LXIX do art. 5º da Lei Fundamental e com o art. 1º da LMS (Lei 12.016/2009), a "proteger direito líquido e certo, não amparado por *habeas corpus* ou *habeas data*, sempre que, **ilegalmente ou com abuso de poder**, qualquer pessoa física ou jurídica sofrer violação ou houver justo receio de sofrê-la por parte de autoridade, seja de que categoria for e sejam quais forem as funções que exerça".

A compulsar os fólios, observo que o Desembargador Francisco de Assis Filgueira Mendes, limitou-se conceder, nos termos do art. 527, III, CPC, o requesto suspensivo assente no agravo de instrumento proposto pelo Estado do Ceará contra a decisão de primeiro grau que, no âmbito de ação ordinária ajuizada por Valcimon Goiana Melo, deferiu medida cautelar incidental, a fim de confirmar o agravado (impetrante) no quadro de aspirante a oficial da Polícia Militar do Ceará, com o prosseguimento em sua carreira de oficial.

O parágrafo único do art. 527 do Código de Processo Civil menciona não serem passíveis de recurso as decisões que concedem efeito suspensivo, bem como

convertem a irresignação em agravo retido (incisos II e III do mencionado dispositivo legal).

Colho lição de Luiz Guilherme Marinoni e Daniel Mitidiero:

> 8. Decisão do Relator. A decisão do relator que converte o agravo de instrumento em agravo retido, que agrega ou não efeito suspensivo ao agravo de instrumento ou antecipa ou não a tutela recursal no todo ou em parte **é irrecorrível**, sendo passível de reforma tão-somente no momento do julgamento do agravo ou se o próprio relator a reconsiderar (art. 527, parágrafo único, CPC). Dentro dessas coordenadas, pretende o legislador infraconstitucional, acertadamente, organizar o processo de modo a podar a exagerada proliferação de recursos, prestigiando assim a um só tempo o papel do relator e a necessidade de abreviar-se o juízo recursal, diminuindo-se por aí a duração do processo como um todo (art. 5º, LXXVIII, CRFB). Não há qualquer inconstitucionalidade no art. 527, parágrafo único, CPC, evidentemente compatível com o direito fundamental ao processo justo (art. 5º, LIV, CRFB), **porquanto inexiste direito fundamental a recurso da decisão do relator nos casos indicados no art. 527, parágrafo único, CPC**. (cf. *Código de Processo Civil comentado artigo por artigo*, São Paulo: RT, 2008, p. 543)

Trago à colação julgado do Superior Tribunal de Justiça:

> RECURSO ESPECIAL. PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. EFEITO SUSPENSIVO OU ANTECIPAÇÃO DOS EFEITOS DA TUTELA RECURSAL. DECISÃO DO RELATOR. **IRRECORRIBILIDADE**.
> — A Lei 11.187/2005 tornou irrecorrível decisão de Relator que, em agravo de instrumento nos Tribunais de segundo grau, defere ou indefere pedido de efeito suspensivo ou de antecipação dos efeitos do recurso.
> — A supressão expressa do recurso anteriormente previsto contra tal decisão não pode ser contornada pela utilização do agravo previsto no art. 39 da Lei 8.038/90.
> — A Lei 8.038/90, que "institui normas procedimentais para os processos que especifica, perante o Superior Tribunal de Justiça e o Supremo Tribunal Federal", não se aplica aos Tribunais de segundo grau. (STJ. 3ª T. REsp 1006088/SC. Rel. Min. Humberto Gomes de Barros. DJe 05.03.2008)

Ora, conquanto não passível de recurso a decisão do Relator que, em agravo de instrumento, defere ou indefere pedido de efeito suspensivo, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça tem entendido possível a impetração de mandado de segurança contra ato judicial unicamente em hipóteses excepcionais, como decisões de natureza teratológica, é dizer, absurda, impossível juridicamente, que em nada se afeiçoa à espécie, ou de manifesta ilegalidade ou abuso de poder, capazes de produzir danos irreparáveis ou de difícil reparação ao impetrante.

Na hipótese em comento, porém, hei de salientar, a decisão objeto deste *writ* não veicula mandamento teratológico nem ilegal, contendo, tão somente, o

entendimento do Julgador que, de maneira motivada e seguindo a pacífica jurisprudência do STJ, concluiu pela ausência de *periculum in mora* a sustentar a manutenção, em prol do autor, do provimento antecipatório, uma vez que esse foi aprovado no Curso de Formação de Oficiais, mesmo que de modo irregular, por não subsistir no mundo jurídico o decisório anteriormente exarado em procedimento cautelar, então extinto, não sendo o caso de reconhecer-se em benefício do suplicante a teoria do fato consumado, a qual, atendo-se a precedentes do STJ, "não se aplica nas hipóteses em que a participação do candidato no certame ocorreu apenas em virtude de decisão liminar" (RMS 19.937/SC, 5ª T., rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, j. em 7.11.2006, DJ 27.11.2006, p. 292).

Além do mais, a decisão impugnada consignou que "a pretensão do agravado pode perfeitamente esperar o trânsito em julgado da lide sem advir nenhum dano, eis que[*sic*] uma vez julgada procedente a ação principal, o mesmo poderá ser incluído retroativamente a data de ingresso da ação" (fl. 18).

Acerca do assunto, eis o entendimento do Superior Tribunal de Justiça, *in verbis*:

> PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ORDINÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA CONTRA DECISÃO JUDICIAL QUE INDEFERIU PEDIDO DE EFEITO SUSPENSIVO A AGRAVO DE INSTRUMENTO. TERATOLOGIA. INOCORRÊNCIA.
> 1. Este recurso foi interposto em mandado de segurança impetrado ao Tribunal Regional Federal da 3ª Região, impugnando decisão do Desembargador relator que indeferiu a atribuição de pedido de efeito suspensivo a agravo de instrumento, o qual fora interposto contra *decisum* que, no bojo de ação civil pública, decretou a quebra de sigilo bancário e da movimentação de cartão de crédito do ora recorrente no período de 2003 a 2004.
> 2. A jurisprudência desta Corte firmou-se no sentido de que a impetração de mandado de segurança contra ato judicial é medida excepcional, o que faz que a admissão do *writ* encontre-se condicionada à natureza teratológica da decisão combatida, seja por manifesta ilegalidade, seja por abuso de poder.
> 3. O julgado combatido não possui caráter teratológico, tampouco encontra-se viciado por patente ilegalidade ou abuso de poder, representando, na verdade, apenas a escorreita consecução da fórmula processual estabelecida no art. 527, III e parágrafo único, para os casos em que o agravo de instrumento é acompanhado de pedido de efeito suspensivo.
> 4. A autoridade impetrada expôs de forma consistente e motivada a existência de robustos indícios de irregularidades nos contratos administrativos, o que conduziu ao indeferimento do pedido suspensivo em razão da falta de plausibilidade da tese desenvolvida no agravo de instrumento, de sorte que não se pode cogitar de qualquer teratologia ou ilegalidade manifesta que legitime o cabimento do *mandamus*.
> 5. Recurso ordinário não provido. (STJ, RMS 28737/SP, j. em 09.02.2010, rel. Min. Castro Meira, DJe 24.02.2010).
>
> PROCESSUAL CIVIL – RECURSO ORDINÁRIO – MANDADO

> DE SEGURANÇA IMPETRADO CONTRA CONVERSÃO DE AGRAVO DE INSTRUMENTO EM AGRAVO RETIDO: ART. 527, II, DO CPC – DESCABIMENTO – DECISÃO QUE NÃO SE MOSTRA TERATOLÓGICA.
> 1. O agravo de instrumento pode ficar retido, por ordem do relator, salvo a hipótese de causar à parte dano de difícil reparação (art. 527, II, CPC).
> 2. Contra a decisão que converte o agravo de instrumento na modalidade retida não cabe qualquer recurso, o que autoriza o manejo do mandado de segurança, nos termos da Súmula 267/STF.
> 3. Por ser ato judicial, a jurisprudência entende que se deve cumular a esta condição (irrecorribilidade da decisão) a qualidade teratológica do ato, restringindo-se a função recursal anômala do mandado de segurança. Precedentes.
> 4. Decisão, na espécie, que não se mostra teratológica.
> 5. Recurso ordinário não provido (STJ, RMS 26.800/CE, Relª. Minª. Eliana Calmon, DJe 21.11.2008).

Compete salientar, *en passant*, que das decisões de primeiro grau, provisórias ou definitivas, cabem recursos que são submetidos à deliberação do relator, monocraticamente, ou das Câmaras (Turmas) dos Tribunais (princípio do juiz natural). O deslocamento de sua apreciação ou revisão para outros órgãos da Corte, como o Órgão Especial, que não constitui instância revisora das Câmaras, vulnera a mencionada garantia.

Por conseguinte, não se desincumbindo o impetrante de evidenciar em que consistem os vícios que ensejariam o cabimento da impetração, é de se concluir faltar-lhe direito líquido e certo.

A propósito, o escólio de Cássio Scarpinella Bueno:

> Direito líquido e certo, pois, é condição da ação e não corresponde à existência da ilegalidade ou do abuso de poder, mas, apenas e tão somente, a uma especial forma de demonstração desses vícios que rendem ensejo ao ajuizamento do mandado de segurança. Corresponde, pois, à adequação que faz parte do interesse de agir na escolha deste *writ* como ação própria para os fins descritos na petição inicial. É, portanto, uma condição da ação de mandado de segurança, de cunho nitidamente processual. (Cf. *Mandado de segurança*. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 14).

Do exposto, carecendo a decisão adversada de qualquer teratologia ou manifesta ilegalidade capaz de assegurar a revisão do ato judicial questionado, é de se denegar a segurança.

Sem honorários advocatícios, conforme Súmula 512 do STF e Súmula 105 do STJ.

É como voto.

PROCESSO Nº 0025207-47.2009.8.06.0000
TIPO DA AÇÃO: Mandado de Segurança
COMARCA: Fortaleza
PARTES:
Impetrante: Ministério Público do Estado do Ceará
Impetrado: Secretário de Saúde do Estado do Ceará
Relator: Des. Franscisco Suenon Bastos Mota
Órgão Julgador: Órgão Especial

EMENTA.
CONSTITUCIONAL. MANDADO DE SEGURANÇA. PRELIMINARES DE ILEGITIMIDADE ATIVA DO MINISTÉRIO PÚBLICO, ILEGITIMIDADE PASSIVA DO SECRETÁRIO DE SAÚDE, INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA E AUSÊNCIA DE PROVA PRÉ-CONSTITUÍDA DESACOLHIDAS. DIREITO À SAÚDE. PACIENTE QUE NECESSITA DO FORNECIMENTO DE MEDICAMENTO NÃO PREVISTO EM LISTA OFICIAL. ARTIGOS 6, DA LEI N.8.080/90 E 196 DA CF. NORMAS QUE GARANTEM A TODOS O DIREITO A SAÚDE. SOLIDARIEDADE ENTRE UNIÃO, ESTADOS-MEMBROS E MUNICÍPIOS. CABE AO ADMINSTRADO APONTAR QUAL ENTE PÚBLICO FIGURARÁ COMO PARTE PÓLO PASSIVO. ART. 23, II DA CF. VIOLAÇÃO AOS PRINCÍPIOS DA ISONOMIA E DA RESERVA DO POSSÍVEL. INOCORRÊNCIA. PRECEDENTES DO STF E STJ. SEGURANÇA CONCEDIDA.

1) O Ministério Público, conforme se insere do art. 127 da Constituição da República, tem legitimidade para a defesa dos direitos individuais indisponíveis, mesmo quando a ação vise à tutela de direitos de pessoas individualmente consideradas. Preliminar rejeitada.

2) Ao delinear as competências que recaem sobre os entes federados, a Constituição Federal deixou claro que cabe ao administrado apontar qual destes entes figurará como parte no polo passivo, ou mesmo se todos serão interpelados por via judicial (art. 23, II, CF). Preliminar desacolhida.

3) Em que pese as alegações do impetrado, acerca da alegação de inadequação da via eleita por ausência de prova pré-constituída, temos que razão não lhe assiste, uma vez que os atestados médicos juntados pelo impetrante, bem como pelos receituários, foram subscrito por médico integrante do quadro da Secretária de Saúde do Estado do Ceará, devidamente inscritos no CRM. Ademais, inexiste necessidade de perícia médica atestando aquilo que já foi certificado por médicos do próprio Estado, que gozam de fé pública nas suas declarações. Preliminar afastada.

4) Previu o Sistema Único de Saúde que otimizada e em pleno funcionamento a capacidade instalada pública de prestação de serviços de saúde, mas sendo esta, em determinada área, insuficiente, seriam chamados, para participar, de forma complementar, a iniciativa privada com sua capacidade instalada, ou seja, com seus médicos, instalações, prédios, equipamentos, *know how*, etc. Logo, para garantir saúde para todos, dúvidas não há, tendo em vista que a Constituição determina que seja o seu acesso universal, não podendo permanecer em pé o argumento de que "as prescrições de medicamentos só têm o condão de obrigar o Estado quando, além de atender as diretrizes terapêuticas públicas, forem oriundas de profissionais de saúde integrantes do SUS. Preliminar rejeita.
5) Por força do art. 6º da Lei n. 8.080, de 1990, está incluída no campo de atuação do Sistema Único de Saúde – SUS: "a execução de ações de assistência terapêutica integral, inclusive farmacêutica" (cf. inciso I, letra "a")
6) Nos termos do art. 196 da Constituição Federal, a saúde é direito de todos e dever do Estado. Tal premissa impõe ao Estado a obrigação de fornecer gratuitamente às pessoas desprovidas de recursos financeiros a medicação necessária para o efetivo tratamento de saúde.
7) O acesso às ações e serviços para a promoção, proteção e recuperação da saúde, garantido constitucionalmente, não se coaduna com a burocracia estatal. Uma vez que somente os profissionais que atendem os substituídos é que podem reconhecer a eficácia do medicamento, donde advém a responsabilidade da sua prescrição.
8) Sendo certo que é destinado ao Estado o repasse de uma verba X a ser gasta com saúde, e não havendo nos autos nada que demonstre que todo esse valor está comprometido com a compra dos medicamentos previstos na portaria do Ministério da Saúde, não há como prosperar a alegação de afronta ao princípio da reserva do possível.
9) Os argumentos articulados pelo Estado na presente ação, além de serem juridicamente inconsistentes, demonstram com mais razão o descaso das autoridades incumbidas pela saúde do cidadão, que se preocupam em opôr-se com teses jurídicas de difícil aceitabilidade para negar o recorrido o sagrado direito da sobrevivência.
10) Sendo o SUS composto pela União, Estados-Membros e Municípios, é de se reconhecer, em função da solidariedade, a legitimidade passiva de qualquer deles para responder pelo cumprimento dos serviços públicos de saúde prestados à população.
11) SEGURANÇA CONCEDIDA.

Vistos, relatados e discutidos os autos do mandado de segurança n. 0025207-47.2009.8.06.0000, em que são partes as acima indicadas.

ACORDA o Órgão Especial do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, por unanimidade, em, afastando as preliminares suscitadas, conceder a segurança requestada, nos termos do voto do Relator.

RELATÓRIO

Trazem os autos para apreciação mandado de segurança com pedido de liminar impetrado pelo Ministério Público do Estado do Ceará contra ato do Ilmo. Sr. Secretário de Saúde do Estado do Ceará, em favor de Natércia Diogo Pompeu, Pergentino Ferreira da Costa, Maria de Lourdes Batista Fernandes, Flávia Marçal Ferreira e Marcus Vinícius da Silva Santana.

Afirma o impetrante que os substituídos necessitam de medicamentos de alto custo, conforme as respectivas prescrições médicas acostadas aos autos às fls. 21.

Segue sustentando que os referidos medicamentos são de custo elevado e não suportável para a maioria da população, que não dispõe de outra alternativa senão o amparo do poder público, responsável pela política de medicamentos de alta custo.

Assevera que, determinada a realização de audiência para solucionar a problemática, o Estado do Ceará negou a dispensação dos medicamentos solicitados, sob argumento de: que o medicamento solicitado não consta na relação do elenco da Secretária de Saúde do Estado; que o medicamento não faz parte dos Protocolos Clínicos e Diretrizes Terapêuticos do Ministério Público; que o medicamento não possui cobertura assistencial por parte do Ministério da Saúde; e que o medicamento não possui substituto no SUS.

Aduz que os pacientes substituídos têm direito líquido e certo ao fornecimento de medicamentos, resguardado pelo art. 196 da CF/88 e pelo art. 248, IV, da Constituição Estadual, porquanto é dever do poder Publico, em qualquer de suas esferas assegurar a todos os cidadãos o direito à saúde, de modo universal e igualitário.

Após tecer alguns comentários a respeito do mínimo existencial e da reserva do possível, bem como da lesão de direito por omissão administrativa, cuja responsabilidade é atribuída ao Secretários da Saúde do Estado do Ceará, pugna pelo deferimento de liminar, bem como ao final, a concessão da segurança buscada.

A liminar requestada foi deferida pelo então Des. Luiz Gerardo de Pontes Brígido, nos termos da decisão de fls. 74.

Nas informações às fls. 89/108, a autoridade coatora questionou, preliminarmente, a ilegitimidade ativa do Ministério Público para propor a presente ação, a ilegitimidade passiva do Secretário de Estado do Ceará, a inadequação da via eleita, e da necessidade de prescrição oriunda de médico/nutricionista credenciado ao SUS. No mérito, a ausência de direito líquido e certo; e a grave lesão à ordem social e econômica – da reserva do possível.

Parecer da Procuradoria Geral de Justiça às fls. 133/157, opinando pela concessão da segurança requestada.

É o relatório.

VOTO

Inicialmente, deve-se analisar as preliminares suscitadas.

A autoridade coatora defende, às primeiras, a ilegitimidade ativa do Ministério Público para propor a presente ação.

Quanto à tal alegação tenho que não merece acolhimento a referida preliminar, vez que o Ministério Público, conforme se insere do art. 127 da Constituição da República, tem legitimidade para a defesa dos direitos individuais indisponíveis, mesmo quando a ação vise à tutela de direitos de pessoas individualmente consideradas.

Referido artigo dispõe, *verbis*:

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

No caso dos autos, os interesses tutelados são inquestionavelmente interesses individuais indisponíveis. Busca-se, com efeito, resguardar os direitos à vida e à saúde de que tratam os arts. 5º, *caput* e 196 da Constituição em favor de pessoas que necessitam do fornecimento de medicamentos para o restabelecimento de suas saúdes. A legitimidade ativa, portanto, se afirma, por se tratar a controvérsia de proteção de interesses individuais indisponíveis.

Portanto, rejeito a preliminar levantada.

Quanto a preliminar de ilegitimidade passiva do Secretário de Saúde do Estado do Ceará, porquanto à União compete fornecer a medicação solicitada, tenho que, igual forma, não merecer acolhimento, senão vejamos.

A saúde é concedida pelo Legislador Constituinte como direito de todos e dever do Estado, sendo o Poder Público, em qualquer esferas administrativas em que se apresenta, subsumido a tal ordenação. Está é a certeza que se retira da leitura do art. 196, da nossa Carta Magna.

Ocorre que, ao delinear as competências que recaem sobre os entes federados, a Constituição Federal deixou claro que cabe ao administrado apontar qual destes entes figurará como parte no polo passivo, ou mesmo se todos serão interpelados por via judicial (art. 23, II, CF).

Os entes estatais são solidariamente responsáveis pelo atendimento do direito fundamental à saúde, não se cogitando em ilegitimidade passiva ou em obrigação exclusiva de um deles.

Sobre o assunto, vejamos o seguinte julgado:

> SAÚDE - FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS - AÇÃO CIVIL PÚBLICA - LEGITIMIDADE ATIVA DO MINISTÉRIO PÚBLICO - SOLIDARIEDADE ENTRE UNIÃO, ESTADOS-MEMBROS E MUNICÍPIOS - LIMINAR CONTRA A FAZENDA PÚBLICA - ASTREINTES - PEDIDO GENÉRICO. **1) Nos termos do art. 196 da Constituição Federal, a saúde é direito de todos e dever do Estado. Tal premissa impõe ao Estado a obrigação de fornecer gratuitamente às pessoas desprovidas de recursos financeiros a medicação necessária para o efetivo tratamento de saúde. 2) [...] 3) Sendo o SUS composto pela União, Estados-Membros e Municípios, é de se reconhecer, em função da solidariedade, a legitimidade passiva de qualquer deles para responder pelo cumprimento dos serviços públicos de saúde prestados à população.** [...] (TJMG - APELAÇÃO CÍVEL / REEXAME NECESSÁRIO N° 1.0702.04.190133-2/003, Relator Des. NILSON REIS, j. 26/02/2008, DJ de 01/04/2008)

Da mesma forma, rejeito tal preliminar.

Acerca da preliminar de inadequação do mandado de segurança para o reconhecimento do direito subjetivo alegado, por existir, no seu entendimento, necessidade de dilação probatória.

Sustenta, dessa forma, que os documentos juntados pelo impetrante constituem provas produzidas unilateralmente, que, por isso, têm sua veracidade mitigada.

Em que pese as alegações do impetrado, temos que razão não lhe assiste, uma vez que os atestados médicos juntados pelo impetrante, bem como pelos receituários, foram subscrito por médico integrante do quadro da Secretária de Saúde do Estado do Ceará, devidamente inscritos no CRM.

Inexiste necessidade de perícia médica atestando aquilo que já foi certificado por médicos do próprio Estado, que gozam de fé pública nas suas declarações.

Além disso, como bem colocou a d. Procuradoria Geral de Justiça às fls. 147 *"Os laudos médicos acostados aos autos não podem ser desconsiderados como prova dos fatos alegados pelo Autor, já que os mesmo vêm atestados por profissionais devidamente inscritos no CRM, que, por acompanharem de perto o desenvolvimento clínico dos interessados, encontram-se em situação que lhes permitem receitar remédios a seus pacientes. Assim, a presunção é de que o tratamento que indicaram seja o mais apropriados aos mesmos."*

Logo, a prova pré-constituída constante nos autos é suficiente para a análise da existência ou inexistência do direito líquido e certo alegado. Preliminar rejeitada.

No tocante a preliminar de necessidade de prescrição oriunda de médico/nutricionista credenciado ao SUS, por entender a autoridade coatora que o Sistema Único de Saúde deve ter gestão pública, não podendo, portanto, atuar de forma complementar, ou seja, quando não houver condições de atendimento direto por parte do Poder Público e que imponha sua submissão às diretrizes públicas de gestão de saúde, da mesma

forma, não merece acolhimento. Explica-se.

Quando a Constituição de 1988 elege fundamentos como *dignidade da pessoa humana* e *cidadania* (incs. II e III, art. 1º); *sociedade livre, justa e solidária, com erradicação da pobreza* (incs. I e III, art. 3º), *prevalência dos direitos humanos* (inc. II, art. 4º) e, finalmente, *direito à vida* (art. 5º) está ela falando, primordialmente, de SAÚDE, porque sem esta tais valores seriam, como são, inexistentes.

Saúde é básica, porque é, no fundo, tudo, condição primeira para a existência de qualquer outro direito. Daí o fato de a Constituição Brasileira estabelecer que *SAÚDE É DIREITO DE TODOS E DEVER DO ESTADO* – Art. 196. No dizer do art. 2º, da Lei nº 8080/90:

> "Art. 2º - A saúde é um direito fundamental do ser humano, devendo o Estado prover as condições indispensáveis ao seu pleno exercício."

Previu a Constituição um *Sistema Público de Atendimento à Saúde da População,* intitulado Sistema Único de Saúde, <u>que é de responsabilidade do Estado</u>, facultando a *prestação de serviços de saúde* também à iniciativa privada.

Os serviços públicos de saúde, como dever do Estado, são (ou devem ser) garantidos "mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação." - art. 196.

Referido Sistema, como ações e serviços de saúde, "integram uma rede regionalizada e hierarquizada", com descentralização, atendimento integral e participação da comunidade (art. 198, CF), sendo assim definido na Lei nº 8080/90:

> "Art. 4º - O conjunto de ações e serviços de saúde, prestados por órgãos e instituições públicas federais, estaduais e municipais, da Administração Direita e Indireta e das fundações mantidas pelo Poder Público, constitui o Sistema Único de Saúde – SUS."

O Sistema é financiado com recursos públicos (União, Estados e Municípios) sendo facultada à iniciativa privada a participação complementar.

A Constituição e a Lei nº 8080/90, ao fixar os parâmetros do Sistema de Saúde Pública, facultou que a assistência à saúde é livre à iniciativa privada (art. 199 da CF). Ou seja, sem participar do Sistema Único de Saúde, do SUS, pode a iniciativa privada, mesmo assim, prestar serviços de assistência à saúde. <u>Tais serviços, como é lógico, são também de relevância pública, como definido no art. 197 da Constituição.</u>

Entretanto, quando a entidade privada, com ou sem fins lucrativos, participa do Sistema Único de Saúde, mediante contrato ou convênio, ela o faz de forma COMPLEMENTAR.

Agora pergunta-se: o que quer dizer essa *forma complementar* e qual o alcance do disposto no art. 197 da CF, que estabelece que a EXECUÇÃO DOS

SERVIÇOS DE SAÚDE PODE SER FEITA DIRETAMENTE "OU ATRAVÉS DE TERCEIROS e, também, por pessoa física ou jurídica de direito privado" ?

Para alguns, o art. 197 serviu para editar lei justificadora da transferência de hospitais à iniciativa privada, pretendendo retirar-se (o próprio Estado), na prática, da prestação direta de serviços de saúde. É o que pretende o Estado do Ceará. Não se presta serviços de saúde diretamente à população, mas *compra-se tais serviços,* que passam a ser prestados somente pela iniciativa privada, sob o argumento de a mesma não ter, no caso, fins lucrativos.

No entanto, a interpretação sistemática da Constituição Federal e da Lei nº 8080/90 leva-nos a raciocínio inverso, ou seja:

> 1º - o Estado deve prestar serviços de saúde diretamente;
> 2º - quando a capacidade instalada das unidades hospitalares do Estado for insuficiente, tais serviços podem ser prestados por terceiros, ou seja, pela capacidade instalada de entes privados, tendo preferência entidades filantrópicas e as sem fins lucrativos (§ 1º, art. 199 CF);
> 3º - pode prestar tais serviços por intermédio de entidades com fins lucrativos, desde que estas se subssumam às regras do SUS. Aqui também de forma complementar e para que o Estado possa, no atendimento da Saúde pública, utilizar-se também da capacidade instalada destes entes privados.

Daí porque o art. 24 da Lei nº 8080/90 estabelece que,

> "quando as suas disponibilidades forem insuficientes para garantir a cobertura assistencial à população de uma determinada área, o Sistema Único de Saúde – SUS poderá recorrer aos serviços ofertados pela iniciativa privada."

Previu o Sistema, de conseguinte, que otimizada e em pleno funcionamento a capacidade instalada pública de prestação de serviços de saúde, mas sendo esta, em determinada área, insuficiente, seriam chamados, para participar, de forma complementar, a iniciativa privada com sua capacidade instalada, ou seja, com seus médicos, instalações, prédios, equipamentos, *know how*, etc.

Assim, quanto a garantir saúde para todos, dúvidas não há, tendo em vista que a Constituição determina que seja o seu acesso universal, não podendo permanecer em pé o argumento de que "as prescrições de medicamentos só têm o condão de obrigar o Estado quando, além de atender as diretrizes terapêuticas públicas, forem oriundas de profissionais de saúde integrantes do SUS".

Portanto, rejeito a preliminar suscitada.

Do mérito. Ultrapassado estes pontos, temos que o Secretário de Saúde do Estado do Ceará segue arguindo acerca da ausência de direito líquido e certo; e a grave lesão à ordem social e econômica – da reserva do possível.

Defende, a autoridade impetrada a ausência de direito líquido e certo, ante

a ausência de aprovação pela ANVISA. Acerca de tal ponto específico, temos que não merece acolhimento tal pretensão, senão vejamos.

Ora, por força do art. 6º da Lei n. 8.080, de 1990, está incluída no campo de atuação do Sistema Único de Saúde – SUS: "a execução de ações de assistência terapêutica integral, inclusive farmacêutica" (cf. inciso I, letra "a")

Assim, entende-se que cabe ao Sistema Único de Saúde a doação de medidas imprescindíveis para o total restabelecimento da saúde de qualquer cidadão.

Nesse sentido, com intuito de cumprir com tal determinação, o art. 196 da Constituição Federal estabelece ser a saúde "direitos de todos e dever do Estado", constituindo-se em direito líquido e certo a adoção do medicamento que necessitam os pacientes de forma imprescindível e que não possuem condições em obtê-lo, por ausência de condições financeiras.

Assim, por considerar que há para o Estado a obrigação de garantir a todos a saúde, direito fundamental protegido pela Constituição da República, se mostra imprópria a sua argumentação de não poder distribuir gratuitamente os medicamentos que não pertencem à lista da ANVISA, por afrontar o princípio da legalidade.

Neste sentido, vejamos o seguinte julgado:

> CONSTITUCIONAL. RECURSO ORDINÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA OBJETIVANDO O FORNECIMENTO DE MEDICAMENTO (RILUZOL/RILUTEK) POR ENTE PÚBLICO À PESSOA PORTADORA DE DOENÇA GRAVE: SCLEROSE LATERAL AMIOTRÓFICA - ELA. PROTEÇÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS. DIREITO À VIDA (ART. 5º, *CAPUT*, CF/88) E DIREITO À SAÚDE (ARTS. 6º E 196, CF/88). ILEGALIDADE DA AUTORIDADE COATORA NA EXIGÊNCIA DE CUMPRIMENTO DE FORMALIDADE BUROCRÁTICA.
>
> 1 - A existência, a validade, a eficácia e a efetividade da Democracia está na prática dos atos administrativos do Estado voltados para o homem. A eventual ausência de cumprimento de uma formalidade burocrática exigida não pode ser óbice suficiente para impedir a concessão da medida porque não retira, de forma alguma, a gravidade e a urgência da situação da recorrente: a busca para garantia do maior de todos os bens, que é a própria vida.
>
> 2 - É dever do Estado assegurar a todos os cidadãos, indistintamente, o direito à saúde, que é fundamental e está consagrado na Constituição da República nos artigos 6º e 196.
>
> 3 - Diante da negativa/omissão do Estado em prestar atendimento à população carente, que não possui meios para a compra de medicamentos necessários à sua sobrevivência, a jurisprudência vem se fortalecendo no sentido de emitir preceitos pelos quais os necessitados podem alcançar o benefício almejado (STF, AG nº 238.328/RS, Rel. Min. Marco Aurélio, DJ 11/05/99; STJ, REsp nº 249.026/PR, Rel. Min. José Delgado, DJ 26/06/2000).
>
> 4 - Despicienda de quaisquer comentários a discussão a respeito de ser ou não a regra dos arts. 6º e 196, da CF/88, normas programáticas ou

> de eficácia imediata. Nenhuma regra hermenêutica pode sobrepor-se ao princípio maior estabelecido, em 1988, na Constituição Brasileira, de que "a saúde é direito de todos e dever do Estado" (art. 196).
> 5 - Tendo em vista as particularidades do caso concreto, faz-se imprescindível interpretar a lei de forma mais humana, teleológica, em que princípios de ordem ético-jurídica conduzam ao único desfecho justo: decidir pela preservação da vida.
> 6 - Não se pode apegar, de forma rígida, à letra fria da lei, e sim, considerá-la com temperamentos, tendo-se em vista a intenção do legislador, mormente perante preceitos maiores insculpidos na Carta Magna garantidores do direito à saúde, à vida e à dignidade humana, devendo-se ressaltar o atendimento das necessidades básicas dos cidadãos.
> 7 - Recurso ordinário provido para o fim de compelir o ente público (Estado do Paraná) a fornecer o medicamento Riluzol (Rilutek) indicado para o tratamento da enfermidade da recorrente. (STJ – 1ª T., RMS 11.183/PR., Rel. Min. José Delgado. DJU 04.09.00, p. 121).

Os argumentos articulados pelo Estado na presente ação, além de serem juridicamente inconsistentes, demonstram com mais razão o descaso das autoridades incumbidas pela saúde do cidadão, que se preocupam em opôr-se com teses jurídicas de difícil aceitabilidade para negar o recorrido o sagrado direito da sobrevivência.

A vida é direito subjetivo indisponível, tem fundamento no Direito Natural, e o direito a esta está constitucionalmente assegurada ao cidadão, sendo este líquido e certo.

No meu entender, os argumentos deduzidos pela autoridade impetrada são de "lana-caprina" (coisa sem importância), porque não se satisfazem com o alcance e o sentido de norma maior nem com melhor exegese das normas da legislação infraconstitucional alegada como violada.

Assegurar-se o direito à vida a uma pessoa, proporcionando-lhe medicação específica que lhes alivia até mesmo sofrimentos e a dor de uma moléstia ou enfermidade irreversível, não é *"ilegal e ilícito o fornecimento de medicamentos não aprovada pela ANVISA",* como quer crer o Estado do Ceará.

Ora, parece-me, antes de tudo, assegurar o primado da hierarquia das normas jurídicas, fazendo com que os instrumentos legais infraconstitucionais sejam realmente interpretados à luz dos princípios maiores do sistema jurídico constitucional, ou seja, salvaguardar o bem maior que se busca proteger, o direito à vida digna, não podendo tal dever ser afastado em face da ausência de previsão em lista oficial do fornecimento do medicamento necessitado pelo cidadão ao restabelecimento de sua saúde.

Destaque-se que o referido raciocínio afasta a tese sustentada pela autoridade coatora de violação ao princípio da isonomia. Explica-se.

A autoridade impetrada defende que é dever do Estado cuidar das políticas públicas de saúde que tenham por objetivo reduzir e prevenir doenças e abrir a toda a sociedade caminhos igualitários e serviços adequados na área de saúde, não cabendo, no entanto, ao Poder Público o fornecimento de avançadas tecnologias ou de medicamentos

de marca e dispendiosos a cidadães individuais.

Ora, diferentemente do que sustenta o impetrado, o dispositivo legal em referência (CF, art. 196) não garante apenas a adoção de medidas genéricas, mas sim assegura a cada cidadão o acesso igualitário de ações e serviços necessários ao restabelecimento de sua saúde, ou seja, ao doente necessitado diagnosticado com câncer deverá ser adotadas políticas de recuperação iguais as que foram adotadas para os pacientes necessitados diagnosticados com dengue, por exemplo.

Isso quer dizer que não basta ao ente federativo estar equipado ao combate do sarampo, por exemplo, devendo possuir tratamento adequado aos portadores de quaisquer doenças, uma vez que a saúde é garantida a todos, igualitariamente, e não a um grupo de determinada doença.

Percebe-se, assim, que o que afronta o princípio da isonomia é justamente tratar o paciente como aos demais doentes, quando é certo que, verificando-se que o seu tratamento não se enquadra em qualquer das hipóteses da lista do Ministério da Saúde, ação distinta deverá ser adotada para o seu caso, com a finalidade de garantir-lhe o restabelecimento de sua saúde e a plena eficácia do art. 196 da CF.

Cite-se a propósito:

> EMENTA: 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. (STF – Segunda Turma. RE-AgR 393175/RS. Rel. Min. Celso de Mello. DJ 12.12.2006).

O que é certo é que o fornecimento de tratamento adequado ao restabelecimento da saúde dos substituídos não é, diferentemente do que sustenta o impetrado, poder discricionário da administração, possuindo o Poder Público o dever constitucional de garanti-la.

O fato de um determinado medicamento não fazer parte da padronização da Secretaria Estadual da Saúde, a qual cabe a execução, gerenciamento e distribuição de medicamentos, não tem o condão de justificar o descumprimento do Disposto na Lei n. 8.080/90.

O acesso às ações e serviços para a promoção, proteção e recuperação da saúde, garantido constitucionalmente, não se coaduna com a burocracia estatal. Uma vez que somente os profissionais que atendem os substituídos é que podem reconhecer a eficácia do medicamento, donde advém a responsabilidade da sua prescrição.

Ao Estado não é dado o direito de escusar-se ao cumprimento de norma constitucional com suporte em singelas afirmações de ausência de eficácia terapêutica - a despeito da determinações – ou de necessidade de submissão às providências burocráticas.

Quanto a alegação genérica de escassez dos recursos público e mesmo a alegação de que não poderia o Estado despender vários milhões em tratamento por decisão judicial a penas uma pessoa, ou grupo de pessoas, também não podem prevalecer sobre o direito à saúde assegurado pelo constituinte ao substituídos.

Ora, sendo certo que é destinado ao Estado o repasse de uma verba X a ser gasta com saúde, e não havendo nos autos nada que demonstre que todo esse valor está comprometido com a compra dos medicamentos previstos na portaria do Ministério da Saúde, não há como prosperar a alegação de afronta ao princípio da reserva do possível.

E nem se diga que o Poder Judiciário está se investindo de co-gestor do Poder Executivo, pois está apenas fazendo cumprir um comando constitucional que não compromete outras políticas públicas. Pois. Consoante o Desembargador Moreira de Carvalho (Apelação Cível 379.995.5/8, da Comarca de Andradina no Estado de São Paulo, j. 8/8/2005): "*A prescrição orçamentária é feita para as despesas ordinárias. A Administração Pública deve suportar determinadas gastos não previstos especificamente, mas que constituem sua responsabilidade. É assim, por exemplo, com relação às calamidades públicas derivadas de força maior. Neste caso, a vida e a saúde humana devem ter especial proteção do ente público, até mesmo porque este é o seu interesse público primário, o bem social...*".

Do exposto, acolho o parecer ministerial e, afastando as preliminares suscitadas, concedo a segurança requestada, o que faço com base nas razões aqui constantes.

É como voto.

Fortaleza, 27 de setembro de 2011.

Processo: 0028821-94.2008.8.06.0000 - Mandado de Segurança
Impetrante: Engarrafamento Coroa Ltda
Impetrado: Secretário da Fazenda do Estado do Ceará
Relator: Desembargador Francisco Sales Neto
Órgão Julgador: Órgão Especial do Tribunal de Justiça do Ceará

EMENTA: MANDADO DE SEGURANÇA. APREENSÃO DE MERCADORIAS. QUESTÃO PREJUDICIAL EXAMINADA DE OFÍCIO. ILEGITIMIDADE PASSIVA DO SECRETÁRIO DA FAZENDA DO ESTADO DO CEARÁ. TEORIA DA ENCAMPAÇÃO. INAPLICABILIDADE. EXTINÇÃO DA AÇÃO MANDAMENTAL SEM JULGAMENTO DE MÉRITO.
1. Conforme destacou o Superior Tribunal de Justiça, "*em mandado de segurança, deve figurar no polo passivo a autoridade que, por ação ou omissão, deu causa à lesão jurídica denunciada e é detentora de atribuições próprias para fazer cessar a ilegalidade.*"
2. Quando a correção do polo passivo enseja mudança na competência jurisdicional, não é possível a aplicação da teoria da encampação. Precedentes do STJ.
3. Quem efetua apreensão de mercadorias não é o Secretário da Fazenda, mas o Chefe do Posto Fiscal no qual é efetuado o ato substanciador da lesão jurídica cuja reparação é colimada na ação mandamental, sendo esta a autoridade responsável pela prática do ato concreto e que tem poder de neutralizá-lo.
4. Extinção da ação mandamental sem apreciação meritória.

ACÓRDÃO

Vistos, examinados e discutidos os autos do Mandado de Segurança n. 0028821-94.2008.8.06.0000, em que figuram, como impetrante, a empresa Engarrafamento Coroa Ltda , e, como impetrado, o Exmo. Secretário da Fazenda do Estado do Ceará, ACORDAM os Desembargadores integrantes do Órgão Especial do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, em julgamento de Sessão, por unanimidade de votos, por reconhecer a ilegitimidade do Sr. Secretário da Fazenda do Estado do Ceará para figurar no polo passivo da presente demanda mandamental, e, consequentemente, extinguindo-o sem apreciação de mérito, nos termos do voto proferido pelo Eminente Desembargador Relator.

Fortaleza, 03 de novembro de 2011.

VOTO.

1. SÍNTESE DA IMPETRAÇÃO.

Cuidam os autos de Mandado de Segurança com pedido de liminar *inaudita altera pars*, de competência originária deste Egrégio Tribunal, impetrado por ENGARRAFAMENTO COROA LTDA**.**, contra ato tido por abusivo e ilegal atribuído ao Excelentíssimo Senhor Secretário da Fazenda do Estado do Ceará, pelas razões de motivo e direito a seguir expostos;

Aduz o impetrante ser pessoa jurídica de direito privado desenvolvendo atividade de fabricação e engarrafamento de bebidas com sede na cidade de Patos/PB.

Informa ainda que possui filial na cidade de Ico/CE, e que as mercadorias, antes da comercialização são enviadas a esta filial, para então proceder na sua distribuição aos clientes. Historia, mais, que em data de 15 de novembro de 2008, as mercadorias que se faziam acompanhar das notas fiscais de nº 37244, 37354, 37355, 37356, 37357, 37358, 37359, 37360, 37361, 37362, 37363, 37364, 37365, 37366, 37367, 37368, 37369, 37370, 37371, 37372, 37373, 37374, 37375, 37376, 373777, foram apreendidas no posto fiscal General Edson Ramalho, sob alegativa de que esses documentos fiscais eram inidôneos, conforme se depreende do Auto de Infração nº 200816062-8 às fls. 41.

Argumenta, o Impetrante, que a retenção da mercadoria se deu como meio coercitivo para pagamento do tributo, configurando-se desta forma sanção politica e, em decorrência, violação a direito líquido e certo da sua titularidade. Nesse diapasão, citou as súmulas 323 e 70, bem como acumulou julgados deste Colendo Tribunal e Tribunais Superiores. Requestou, ao final, pela concessão de medida liminar para a determinar a autoridade coatora a liberação das mercadorias.

Às fls. 84/87, deferida medida liminar solicitada.

A autoridade coatora, devidamente notificada, apresentou informações às fls. 92/116, assestando, quanto ao mérito, que, as mercadorias apreendidas apresentavam documentação fiscal incompatível com as normas de regência, sendo considerada desta forma inidônea conforme disposição do art. 131 do Decreto Estadual nº 24.569/97.

Sustentou, mais, a legalidade do ato praticado, destacando que o Supremo Tribunal Federal, por ocasião do julgamento da ADI 395/SP, firmou entendimento no sentido que a retenção de mercadoria para fins de comprovação da posse legitima daquele transporta, não caracteriza coação para fins de pagamento de valores fiscais.

A Douta Procuradoria Geral de Justiça, por conduto da insigne Procuradora Geral, Drª. Maria do Perpétuo Socorro França Pinto, nos termos do parecer acostado às fls. 118/124 dos fólios, posicionou-se pela concessão da segurança pleiteada para restituir as mercadorias indevidamente retidas.

É o que importa relatar.

2. FUNDAMENTAÇÃO.

Processo em ordem, não se evidenciando, em sua constituição e trâmite, vício de ordem capaz de obstar o julgamento deste *writ,* em tudo observados os regramentos dispostos na Lei n. 12.016/2009.

Trata-se, como visto, de Mandado de Segurança, colimando a liberação de mercadoria apreendida porquanto transportada com nota fiscal inidônea, ao argumento de que a empresa impetrante não teria considerado o IPI na base de cálculo para o recolhimento do ICMS, cujo valor não guardaria relação de compatibilidade com a operação realizada.

Antes de enfrentar o mérito da impetração, como medida de ordem processual, é certo que impende ao presidente do feito, a todo o momento, proceder à revisão da instrução para fins da aquilatação da presença dos elementos essenciais de validade e adequação da demanda, conforme o haurido da redação do § 3º do art. 267 do Código de Processo Civil.

Nessa ponderação, imponível analisar a questão respeitante à possibilidade do Exmo. Sr. Secretário da Fazenda do Estado do Ceará figurar no polo passivo do "remedium iuris" em testilha, o que passo a fazer doravante.

O sujeito passivo no presente mandado de segurança deve ser a autoridade que possui o poder para ordenar a liberação dos bens retidos pela administração, ou seja, o Exmo. Sr. Chefe do Posto Fiscal General Edson Ramalho, consoante se vê do auto de infração adunado à fl. 41 da instrução, e não contra o Secretário da Fazenda, que não tem competência legal para determinar a liberação de mercadorias apreendidas na divisa estadual.

Pondero que referida matéria já foi objeto de apreciação perante esta Egrégia Corte de Justiça, por oportunidade da prolação do voto-vista proferido pelo Excelentíssimo Desembargador Fernando Luiz Ximenes Rocha nos autos do mandado de segurança 0001422-37.2001.8.06.0000. Naquela oportunidade, sustentou o douto julgador a ilegitimidade do Exmo. Sr. Secretário da Fazenda, em hipótese semelhante, não vislumbrando qualquer ato praticado pela aludida autoridade capaz de leva-la ao polo passivo do mandado de segurança, afastando-se, destarte, a aplicação da teoria da encampação na espécie.

Naquela oportunidade, o eminente Desembargador trouxe a colação ensinamentos doutrinários de Alexandre de Moraes e de Hely Lopes Meirelles, "in verbis":

> "**Sujeito passivo é a autoridade coatora que pratica ou ordena concreta e especificamente a execução ou inexecução do ato impugnado, responde pelas suas consequências administrativas e detenha competência para corrigir a ilegalidade, podendo a pessoa jurídica de direito público, da qual faça parte, ingressar como litisconsorte. É firme e dominante a jurisprudência no sentido de que a indicação errônea da autoridade coatora afetará uma das condições da ação (ilegitimatio ad causam),**

> **acarretando, portanto, a extinção do processo, sem julgamento de mérito.** [...] **Conforme destacou o Superior Tribunal de Justiça, 'em mandado de segurança, deve figurar no pólo passivo a autoridade que, por ação ou omissão, deu causa à lesão jurídica denunciada e é detentora de atribuições funcionais próprias para fazer cessar a ilegalidade'**.". (STJ, Direito constitucional. 24ª ed. São Paulo: Atlas, 2009, pág. 157).
>
> "[...] **numa imposição fiscal ilegal, atacável por mandado de segurança, o coator não é nem o Ministro ou Secretário da Fazenda que expede instruções para a arrecadação de tributos, nem o funcionário subalterno que cientifica o contribuinte da exigência tributária; o coator é o chefe do serviço que arrecada o tributo e impõe as sanções fiscais respectivas, usando do seu poder de decisão. Em suma, a autoridade é aquela que pratica o ato concreto, individualizando as ordens emanadas do arcabouço normativo ou de superior hierárquico, e que tem poder de neutralizar o ato praticado.**" (CF. Direito administrativo. 9ª ed. São Paulo: Malheiros, págs. 34 e 35).

Com efeito, a orientação do STJ é no sentido que a teoria da encampação somente tem aplicação mediante os três clássicos requisitos: **(a)** a existência de vínculo hierárquico entre a autoridade que prestou as informações e a que ordenou a prática do impugnado; **(b)** manifestação a respeito do mérito nas informações prestadas e **(c)** ausência de modificação de competência na Constituição da República.

No caso vertente, embora presentes os dois primeiros requisitos, verifico a ausência da terceira exigência, uma vez que a retirada do Exmo. Sr. Secretário da Fazenda o polo passivo da demanda mandamental implica modificação da competência fixada na Constituição do Estado, haja vista que é a presença deste último que dá ensejo à competência originária deste Órgão Especial para julgamento do "mandamus".

O Desembargador Fernando Luiz Ximenes Rocha, no seu brilhante voto vista, conferindo estofo jurídico ao seu posicionamento, trouxe à baila os seguintes julgados que se adequam à matéria ventilada:

> **"PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. ICMS. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. VALORES PAGOS A MAIOR. RESTITUIÇÃO. SECRETÁRIO DE FAZENDA. ILEGITIMIDADE PASSIVA. TEORIA DA ENCAMPAÇÃO. INAPLICABILIDADE.**
> 1. Hipótese em que a empresa pretende a restituição de valores indevidamente recolhidos título de ICMS no regime de substituição tributária 'para frente'. Impetrou *writ* contra o Secretário de Fazenda. O TJ extinguiu o feito sem julgamento de mérito, por ilegitimidade passiva.
> 2. **O Diretor do Departamento de Receita Pública é a autoridade responsável pela fiscalização e imposição tributária no Rio Grande do Sul, nos termos do art. 14 do Decreto Estadual 37.297/1997. O Secretário de Fazenda secunda o Governador na elaboração e implantação das políticas fiscais, o que não se confunde com lançamento, cobrança de ICMS ou análise de pedidos de restituição.**

> 3. **Inviável aplicar a Teoria da Encampação, pois haveria ampliação indevida da competência originária do Tribunal de Justiça. Precedentes do STJ.**
> 4. Nos termos do art. 95, XII, 'b', da Constituição Estadual, o TJ julga originariamente Mandado de Segurança impetrado contra Secretários de Estado, mas não contra Diretor de Receita Pública.
> 5. Não procede o argumento a favor da legitimidade passiva do Secretário de Estado, a pretexto de que seria responsável por dar cumprimento à legislação tributária local. O Governador, assim como diversos outros agentes públicos, tem o dever de respeitar e fazer cumprir a legislação, mas nem por isso confunde-se com autoridade coatora para fins de impetração do *mandamus*, que deve ser direcionado ao agente que efetivamente realiza o ato impugnado e tem competência para revertê-lo.
> 6. Recurso Ordinário não provido. (STJ, 2ª Turma. RMS 18.563/RS. Relator: Ministro HERMAN BENJAMIN. Julgado em 03/03/2009, DJe 24/03/2009).
>
> **TRIBUTÁRIO. PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO REGIMENTAL EM MANDADO DE SEGURANÇA. ILEGITIMIDADE PASSIVA DO SECRETÁRIO DE FAZENDA ESTADUAL. TEORIA DA ENCAMPAÇÃO. INAPLICABILIDADE. DESLOCAMENTO DE COMPETÊNCIA. ICMS. DECISÃO MANTIDA. AGRAVO CONHECIDO E IMPROVIDO.**
> 1. Busca a autora através de provimento mandamental que o Secretário da Fazenda Estadual se abstenha de cobrar ICMS sobre o valor da Nota Fiscal referente à aquisição de insumos e equipamentos adquiridos de outros Estados da Federação.
> 2. **'A legitimidade passiva no *mandamus* é fixada pela autoridade que tem poder de realizar o ato lesivo, na ação preventiva, ou aquele que pode desfazer o ato lesivo, na ação repressiva'.** (AgRg no REsp 1027909/GO; Rel. Min. HUMBERTO MARTINS; Segunda Turma. Julgado em 27/05/2010);
> 3. **Inaplicabilidade da Teoria da encampação, em face da modificação de competência jurisdicional**;
> 4. **Precedentes do Colendo STJ;**
> 5.**Agravo Regimental conhecido e improvido.** (TJ/CE. Agravo Regimental nº 44064-10.2010.8.06.0000/2. Tribunal Pleno. Relator: Desembargador FRANCISCO LINCOLN ARAÚJO E SILVA. DJe 09/06/2011).

Nesse horizonte, subsumindo-se o entedimento adotado por esta Egrégia Corte ao caso concreto, imponível o reconhecimento de ofício da ilegitimidade da autoridade impetrada, com a consequente extinção da demanda sem julgamento de mérito, denegando-se a segurança vindicada.

3. DISPOSITIVO.

Sob tais fundamentos, voto no sentido de reconhecer "ex officio" a ilegitimidade do Exmo. Sr. Secretário da Fazenda do Estado do Ceará para figurar no

polo passivo da presente demanda mandamental, extinguindo a presente impetração, com amparo no art. 267, inciso VI, do Código de Processo Civil, denegando, portanto, a segurança porfiada, e, consequentemente, cassando a liminar anteriormente concedida.

Custas pela impetrante. Sem condenação em honorários advocatícios, nos termos do art. 25, *caput*, da Lei n. 12.609/2009.

Fortaleza, 9 de novembro de 2011.

Processo: 0419577-54.2000.8.06.0001 - Mandado de Segurança
Impetrante: Antero Gomes de Matos Neto
Impetrado: Comandante Geral da Policia Militar do Estado do Ceará
Relator: Desembargador Francisco Sales Neto
Órgão julgador: Órgão Especial do Tribunal de Justiça

ADMINISTRATIVO. POLICIAL MILITAR. CONSELHO DE DISCIPLINA. COMPETÊNCIA PARA INSTAURAÇÃO. COMANDANTE GERAL DA PM/CE. POSSIBILIDADE. SEGURANÇA DENEGADA.

1. O cerne da questão reside na incompetência do Comandante Geral da Polícia Militar deste Estado para a criação do ato de cunho disciplinar, entendendo que a Lei Estadual nº 10.280/79, a qual serviu de embasamento ao impetrado para a criação do supracitado conselho disciplinar, fora revogada pela Lei Estadual nº 12.691/97, que extinguiu a Secretaria de Segurança Pública, a Corregedoria Geral da Polícia Civil, o Conselho de Justificação e o Conselho de Disciplina no âmbito da Polícia Militar.
2. A Lei Estadual nº 12.734/97 atribui à Corregedoria competência para instaurar processos disciplinares, mas não retira a competência inicial conferida pela Lei Estadual nº 10.280/79 ao Comandante Geral da Polícia Militar, de modo que, atualmente, esta competência é concorrente, cabendo simultaneamente ao Comandante Geral da Polícia Militar e à Corregedoria.
3. Desta forma, o Conselho de Disciplina previsto na Lei nº 10.280/79 não foi alterado pelas Leis ns. 12.691/97 e 12.734/97. É válida, portanto, a abertura de procedimento administrativo pelo supramencionado Conselho Disciplinar para apuração de faltas iterativas praticadas por praça militar mediante solicitação do Comandante Geral da Corporação.
4. SEGURANÇA DENEGADA.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos do Mandado de Segurança autuado sob o nº. 0419577-54.2000.8.06.0001, em que figura como impetrante o Sr. Antero Gomes de Matos Neto, e como impetrado, o Comandante Geral da Polícia Militar do Estado do Ceará, ACORDAM, os Desembargadores do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, em sessão plenária, por unanimidade de votos, em DENEGAR a segurança porfiada, nos termos do voto do Relator.

Fortaleza, 03 de novembro de 2011.

VOTO

O objeto central da presente lide gira em torno da discussão acerca do reconhecimento da competência do Comandante Geral da Polícia Militar do Estado do Ceará para determinar a abertura de processo administrativo disciplinar instaurado perante o Conselho Disciplinar.

Para solucionar esta controvérsia, é imprescindível a análise dos dispositivos legais que regulamentam a matéria. A Lei Estadual nº 10.280, de 05 de julho de 1979, que instituiu o Conselho de Disciplina, dispõe em seu Art. 4º, ser da competência do Comandante Geral da Corporação a sua instituição.

A seguir, colaciono o teor do referido dispositivo legal:

> "Art. 4º - A nomeação do Conselho de Disciplina é da competência do Comandante Geral da Corporação".

A dúvida surge com o advento da Lei Estadual nº 12.691, de 16 de maio de 1997, que cria a Corregedoria Geral dos Órgãos de Segurança Pública e Defesa da Cidadania, indicando como uma de suas funções a criação de Conselhos de Disciplina.

Assim prescreve o Art. 5º, §1º, IV da referida Lei:

> "Art. 5º, § 1º - Compete ainda à Corregedoria-Geral dos Órgãos de Segurança Pública e Defesa da Cidadania, com relação aos órgãos e seus agentes, mencionados no *caput* deste artigo:
>
> [...]
>
> IV - Instaurar, realizar e acompanhar sindicâncias, provocar a instauração de processos administrativo-disciplinares contra policiais civis, bem como a criação de conselhos de justificação e de conselhos de disciplina contra policiais e bombeiros militares". (Redação dada pela Lei Estadual n.º 12.734/97).

A aparente contradição pode ser superada por meio de uma interpretação sistemática, pela qual se conclui que a novel Lei Estadual atribui à Corregedoria competência para instaurar Conselhos de Disciplina, mas não retira a competência inicial conferida pela Lei Estadual nº 10.280/79 ao Comandante Geral, de modo que, atualmente, esta competência é concorrente, cabendo simultaneamente ao Comandante Geral e à Corregedoria.

Este é o entendimento que vem sendo adotado por este Egrégio Tribunal de Justiça, conforme se depreende das ementas a seguir transcritas:

> CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. POLÍCIA MILITAR. CONSELHO DE DISCIPLINA. INSTAURAÇÃO. COMPETÊNCIA. LEI

ESTADUAL 12.734/97 E LEI ESTADUAL 10.280/79.
- O Comandante Geral da PM-CE possui competência para determinar, no âmbito da Corporação, a instauração de Conselhos de Disciplina, assim como para a nomeação de seus membros (art. 1º, Lei 10.280/79). Tal prerrogativa não foi afastada pela criação da Corregedoria dos órgãos de Segurança Pública e Defesa da Cidadania, cujas atribuições estão previstas na Lei Estadual 12.691/97.
- Apelação e Remessa Oficial providas. (TJCE; APC 2000.0014.9698-1/0; 2ª CÂMARA CÍVEL; Des. JOSÉ MAURI MOURA ROCHA; julgado em 07/06/2002).

ADMINISTRATIVO. POLICIAL MILITAR. CONSELHO DE DISCIPLINA. COMPETÊNCIA PARA INSTAURAÇÃO. ABERTURA. MATÉRIA DE DEFESA. SEPARAÇÃO DE PODERES. IMPOSSIBILIDADE DE CONHECIMENTO NO JUDICIÁRIO.
1. O Conselho de Disciplina previsto na Lei n. 10.280/79 não foi alterado pelas Leis ns. 12.691/97 e 12.734/97 que tratam da Corregedoria dos Órgãos de Segurança Pública;
2. É válida a abertura de processo administrativo pelo Conselho de Disciplina para apuração de faltas iterativas praticadas por praça militar mediante solicitação do Comandante Geral da Corporação;
3. A matéria de defesa do processo administrativo não foi trazida aos autos para apreciação, o que impede manifestação sobre o tema da formalidade do ato, uma vez que seu mérito não seria, de qualquer modo, apreciado pelo Poder Judiciário;
4. Sentença mantida;
5. Recurso conhecido e improvido. (TJCE; APC 2004.0013.3151-9/0; 4ª CÂMARA CÍVEL; DES. FRANCISCO LINCOLN ARAÚJO E SILVA; julgado em 30/01/2008).

ADMINISTRATIVO. POLICIAL MILITAR. CONSELHO DE DISCIPLINA. COMPETÊNCIA PARA INSTAURAÇÃO. COMANDANTE-GERAL DA PM-CE. POSSIBILIDADE. VIOLAÇÃO AO CONTRADITÓRIO E AMPLA DEFESA NÃO COMPROVADA.
1. O objeto central da presente lide gira em torno da discussão acerca do reconhecimento da competência do Comandante-Geral da Polícia Militar do Ceará em determinar a abertura do processo administrativo disciplinar instaurado perante o Conselho disciplinar da referida corporação;
2. A Lei Estadual nº 12.734/97 atribui à Corregedoria competência para instaurar processos disciplinares, mas não retira a competência inicial conferida pela Lei Estadual nº 10.280/79 ao Comandante-Geral. De modo que, atualmente, esta competência é concorrente, cabendo simultaneamente ao Comandante-Geral e à Corregedoria;
3. Quanto a eventuais irregularidades do processo administrativo não há nos autos qualquer prova sobre a falta de apreciação da defesa, nem mesmo o teor desta, matéria cujo ônus probatório é atribuído à parte autora e que, pelo rito do mandado de segurança, não é possível a supressão da omissão em momento posterior. Reexame Necessário e Apelação conhecidos, dando-se provimento à esta última. Sentença reformada. Unânime. (TJCE, Ap.Cív./Reexame em MS nº 50418-95.2003.8.06.0000/0, Relatora

Desembargadora Maria Iracema Martins do Vale, 4ª Câmara Cível, Julgamento em 09.09.2009, DJe 25.09.2009).

Desta forma, conclui-se que o Conselho de Disciplina instituído pelo Comandante Geral da PM/CE através da Portaria 039/1999 - DP/3 está de acordo com as determinações legais, não havendo nulidade no procedimento administrativo neste ponto.

Firmado nessas ponderações, Senhor Presidente, e em consonância com o Douto Parecer Ministerial, voto no sentido de denegar a segurança porfiada.

Sem honorários, nos termos do art. 25 da Lei n. 12.016/2009 e da Súmula 512 do Supremo Tribunal Federal.

É como voto.

Fortaleza, 03 de novembro de 2011.

MANDADO DE SEGURANÇA Nº 1442-13.2010.8.06.0000/0
Impetrante: CLÍNICA DE CIRURGIA E ENDOSCOPIA DIGESTIVA DR. EDGARD NADRA ARY LTDA
Impetrado: SECRETÁRIO DA FAZENDA DO ESTADO DO CEARÁ
Relator: Desembargador ADEMAR MENDES BEZERRA

EMENTA.
MANDADO DE SEGURANÇA. HOSPITAL. AQUISIÇÃO DE MEDICAMENTOS E MATERIAIS. RETENÇÃO DE MERCADORIA PARA PAGAMENTO DE ICMS. ILEGITIMIDADE PASSIVA DO SECRETÁRIO DA FAZENDA.
1. A impetrante tem como atividade econômica a prestação de serviços médicos-hospitalares e impetrou o presente Mandado de Segurança contra ato atribuído do Exmo. Sr. Secretário da Fazenda alegando, em resumo, que, a partir de 01/01/2010 todas as operações interestaduais estão sendo sujeitas ao pagamento de um valor extra de ICMS de 7,5% (sete vírgula cinco por cento) conforme Decreto Estadual nº 29.817/08, e que,na qualidade de contribuinte do ISQN de âmbito municipal, " *não pode suportar a carga tributária cujo fato gerador do ICMS resulta da aquisição de medicamentos e bens adquiridos na prestação de serviços",* fl.05.
2. Sabe-se que a ação mandamental não pode ser direcionada ao decreto, mera proposição abstrata, mas ao ato administrativo concreto. Com efeito, a incompatibilidade entre o ato normativo e as normas superiores não é o objeto da impetração, caso assim fosse, nem seria admitido o seu processamento face ao que dispõe a Súmula nº 266 do Supremo Tribunal Federal. No caso em apreço a situação hipotética prevista no Decreto foi concretizada por meio do ato administrativo do agente fiscal consistente na retenção de mercadorias e cobrança do ICMS. Se for concedida a segurança, a ordem deverá ser cumprida pelo agente fiscal, que é responsável pelo recolhimento do tributo e retenção das mercadorias. Foi ele quem, de fato, executou a norma instituidora.
3. Embora o Secretário da Fazenda tenha defendido o mérito do ato impugnado, não se pode adotar a teoria da encampação porque, para o Colendo STJ, tal teoria se aplica quando preenchidos os seguintes requisitos: a) existência de vínculo hierárquico imediato ou direto entre a autoridade que prestou informações e a que ordenou a prática do ato impugnado por meio do mandado de segurança; b) manifestação a respeito do mérito da impetração nas informações prestadas; c) ausência de modificação da competência jurisdicional.
4. Na hipótese está ausente o terceiro requisito: a ausência de modificação da competência jurisdicional. Como o Secretário da Fazenda tem foro privilegiado pela Constituição Estadual (Art. 108, VII, b) a teoria não se aplica porquanto o mandado de

segurança deveria ter sido impetrado em uma das Varas da Fazenda Pública Estadual e contra o servidor fazendário responsável pelo recolhimento do tributo e apreensão das mercadorias. 5. PRELIMINAR ACOLHIDA.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de Mandado de Segurança nº 1442-13.2010.8.06.0000/0 em que figuram as partes acima referidas.

Acorda o Tribunal de Justiça do Ceará, em sua composição plenária, em acolher a preliminar de ilegitimidade passiva e remeter os autos ao juízo de 1º grau, nos termos do Voto do Relator.

Fortaleza, 27 de janeiro de 2011.

RELATÓRIO

Cuida-se de Mandado de Segurança impetrado por CLÍNICA DE CIRURGIA E ENDOSCOPIA DIGESTIVA DR. EDGAR NADRA ARY LTDA em face do Exmo. Sr. SECRETÁRIO DA FAZENDA DO ESTADO DO CEARÁ tendo em vista os efeitos do Decreto Estadual n°29.817/2009, que alterou dispositivos do Decreto nº 29.560, de 27/11/2008, passando este a vigorar com acréscimos em seu art. 6º, que prevê "o recolhimento do ICMS correspondente a uma carga tributária líquida a seguir indicada, aplicada sobre o valor da operação constante do respectivo documento fiscal, independente de sua origem".

Alegou a impetrante, em resumo, que, a partir de 01/01/2010 todas as operações interestaduais estão sendo sujeitas ao pagamento de um valor extra de ICMS de 7,5% (sete vírgula cinco por cento) conforme Decreto Estadual nº 29.817/08, e que,na qualidade de contribuinte do ISQN de âmbito municipal, "*não pode suportar a carga tributária cujo fato gerador do ICMS resulta da aquisição de medicamentos e bens adquiridos na prestação de serviços",* fl.05.

Requereu medida liminar no sentido de determinar à autoridade impetrada que se abstenha de *"praticar a retenção de mercadorias decorrentes de entradas estaduais, a pretexto da cobrança de carga tributária líquida, disposta no art. 6º A do Decreto 29.560/2008",* fl.22, e de cobrar o valor mencionado em razão da aquisição de seus insumos.

À inicial foram anexados os documentos de fls.24/162.

Às fls. 178 repousa comunicado de agente fiscal da SEFAZ informando que a mercadoria referente à NF -151885 encontra-se retida no depósito da Secretaria aguardando o recolhimento de ICMS.

Nas informações prestadas às fls. 199/216 o Secretário da Fazenda

sustentou preliminares de carência de ação e ilegitimidade passiva. No mérito defendeu, em linhas gerais, a legalidade da cobrança de ICMS à alíquota de 3% a 10%(Três a dez por cento) sobre o valor da operação realizada pela impetrante referente à aquisição de produtos advindos de outro Estado da Federação nos termos do que preceitua o Art.11 da Lei nº 14.237/2008.

Às fls. 244/251 repousa parecer da Douta Procuradora Geral de Justiça opinando pela concessão da segurança.

É o relatório.

VOTO

PRELIMINAR DE ILEGITIMIDADE PASSIVA

No caso em apreço, conforme relatado, objetiva a impetrante afastar as normas evidenciadas no art. 3º do Decreto Estadual nº 29.817/2009, expedido pelo Exmo. Sr. Governador do Estado do Ceará. Pede que a autoridade apontada coatora, o Exmo. Sr. Secretario da Fazenda, se abstenha de cobrar ICMS nas operações estaduais de aquisição de medicamentos e materiais hospitalares e de praticar a retenção de mercadorias em decorrência do não pagamento do tributo.

Pois bem.

Estabelece o Decreto 29.817/2009, :

> Art. 3º O Decreto nº 29.560, de 27 de novembro de 2008, passa a vigorar com o acréscimo dos seguintes dispositivos:
> "Art.6º-A. Nos termos do art.11 da Lei nº 14.237, de 10 de novembro de 2008, nas entradas, no território deste Estado, das mercadorias ou bens, oriundos de outras unidades da Federação, será exigido do fornecedor ou do transportador, quando da sua passagem pelo posto fiscal de entrada neste Estado, o recolhimento do ICMS correspondente a uma carga tributária líquida a seguir indicada, aplicada sobre o valor da operação constante do respectivo documento fiscal, independentemente de sua origem:
> (…)
>
> Art.6º-B. O disposto no *caput* do art.6º-A aplica-se, inclusive, nas operações:
> I – destinadas a pessoa jurídica, não contribuinte do imposto, inscrita ou não no Cadastro Geral da Fazenda (CGF), da Secretaria da Fazenda do Estado do Ceará;
> II – realizadas por empresa, emitente do documento fiscal, sediada em outra unidade da Federação e que possua estabelecimento neste Estado;
> III – destinadas a órgão público da Administração Direta ou Indireta da União, Estado ou Município, inclusive suas autarquias ou fundações.
>
> Art. 6º-C. Quando o fornecedor ou o transportador deixar de recolher o imposto nos termos estabelecidos no *caput* do art. 6º-A, o destinatário da mercadoria ou bem, a seu critério, poderá assumir a responsabilidade pelo

> recolhimento do imposto.
> Parágrafo único. Na hipótese do inciso III do *caput* do artigo 6º-B, o órgão público poderá firmar convênio com a Secretaria da Fazenda do Estado do Ceará, para reter o imposto devido pelo fornecedor ou transportador e repassar ao Estado através de GNRE ou DAE, conforme o caso."

Sabe-se que a ação mandamental não pode ser direcionada ao decreto, mera proposição abstrata, mas ao ato administrativo concreto. Com efeito, a incompatibilidade entre o ato normativo e as normas superiores não é o objeto da impetração, caso assim fosse, nem seria admitido o seu processamento face ao que dispõe a Súmula nº 266 do Supremo Tribunal Federal.

No caso em apreço a situação hipotética prevista no Decreto foi concretizada por meio do ato administrativo do agente fiscal consistente na retenção de mercadorias e cobrança do ICMS. Se for concedida a segurança, a ordem deverá ser cumprida pelo agente fiscal, que é responsável pelo recolhimento do tributo e retenção das mercadorias. Foi ele quem, de fato, executou a norma instituidora.

A respeito do tema, exemplifica Hely Lopes Meirelles :

> "numa imposição fiscal ilegal, atacável por mandado de segurança, o coator não é nem o Ministro ou Secretário da Fazenda que expede instruções para a arrecadação de tributos, nem o funcionário subalterno que cientifica o contribuinte da exigência tributária; o coator é o chefe do serviço que arrecada o tributo e impõe as sanções fiscais respectivas, usando do seu poder de decisão. Em suma, a autoridade é aquela que pratica o ato concreto, individualizando as ordens emanadas do arcabouço normativo ou de superior hierárquico, e que tem poder de neutralizar o ato praticado." (*in* Mandado de Segurança, 28ª Edição, Malheiros Editores, São Paulo, pag. 63)

Em obras recentes, o eminente Ministro Luiz Fux e o professor Humberto Theodoro Júnior lecionam, respectivamente:

> "O sistema constitucional brasileiro não permite, em princípio, nenhuma ação particular, inclusive mandado de segurança, conta lei em tese, isto é, tendo por objetivo nulificar a norma jurídica. Outrossim, é verificável na *práxis* o ataque indireto, ou seja, a pretensão de não aplicação da lei ao caso concreto submetido a juízo sob o pálio da inconstitucionalidade.
> Destarte, uma vez publicada a lei, a sua potencial concretização pode gerar ameaça de lesão, por isso que todo aquele que detiver um direito ameaçado pela concreção da nova Lei poderá ingressar em juízo, através de mandado de segurança preventivo no afã de impedir que se consume a lesão de seu direito. A sentença de acolhimento da demanda deverá, nas suas conclusões, atacar as atividades de concreção e não a lei em si, na medida em que a inconstitucionalidade não é alvo do libelo, mas premissa do pleito. Consequências dessas afirmações é que, nesses casos, a autoridade a ser apontada como coatora não poderá ser a que elaborou a lei, mas, antes, a que a executará, carreando severa ameaça para o impetrante". (*In* Mandado

de Segurança, 1ª Edição, Editora Forense, Rio de Janeiro, 2010, pag.45/46.)

"Não é outrossim, sujeito passivo do Mandado de Segurança quem apenas exerce o poder normativo por meio da edição de leis, decreto, regulamento, portaria, etc. Não cabe o *writ*, em princípio, contra lei em tese, salvo se se tratar de ato normativo de efeitos concretos, capazes de afetar imediatamente situação jurídica individual" (*In* "O Mandado de Segurança, 1ª Edição, Forense, 2009, Rio de Janeiro, pag.10)

Nessa perspectiva, embora o Secretário da Fazenda tenha sustentado o mérito da impetração, não se pode adotar a teoria da encampação porque, para o Colendo STJ, tal teoria se aplica quando preenchidos os seguintes requisitos: a) existência de vínculo hierárquico imediato ou direto entre a autoridade que prestou informações e a que ordenou a prática do ato impugnado por meio do mandado de segurança; b) manifestação a respeito do mérito da impetração nas informações prestadas; c) ausência de modificação da competência jurisdicional.

Na hipótese está ausente o terceiro requisito necessário à aplicação da teoria da encampação: a ausência de modificação da competência jurisdicional. Como o Secretário da Fazenda tem foro privilegiado pela Constituição Estadual (Art. 108, VII, b) a teoria não se aplica porquanto o mandado de segurança deveria ter sido impetrado contra o servidor fazendário em uma das Varas da Fazenda Pública Estadual.

Neste sentido é a jurisprudência do STJ:

PROCESSUAL CIVIL – MANDADO DE SEGURANÇA – LEGITIMIDADE PASSIVA – ORDEM GERAL EMANADA EM INSTRUÇÃO NORMATIVA – AUTORIDADE COMPETENTE – DELEGADO REGIONAL TRIBUTÁRIO E NÃO O SECRETÁRIO ESTADUAL DA FAZENDA.

1. Mandado de segurança impetrado com a finalidade de questionar a aplicação da Instrução Normativa n. 493/01-GSF, de 6.7.2001, expedida pelo Secretário da Fazenda Estadual que dispõe "sobre os procedimentos a serem adotados para utilização do crédito outorgado de ICMS concedido ao industrial de álcool etílico anidro combustível".

2. A ilegitimidade decretada pelo Tribunal de origem tem como fundamento a questão de apenas o Secretário da Fazenda ter poder para desfazer a Instrução Normativa 493/01.

3. A legitimidade passiva no *mandamus* é fixada pela autoridade que tem poder de realizar o ato lesivo, na ação preventiva, ou aquele que pode desfazer o ato lesivo, na ação repressiva.

4. O Secretário da Fazenda Estadual apenas edita comandos gerais para a fiel execução da lei, não agindo diretamente na execução da lavratura de auto de infração tributária, cabendo ao Delegado Regional Tributário a tarefa de executar os comandos gerais editados na Instrução Normativa estadual, razão pela qual a autoridade competente para responder ao "mandamus" é o Delegado Regional Tributário e não o Secretário da Fazenda.

5. Precedentes: RMS 20471/RJ, Rel. Ministro Castro Meira, Segunda Turma, julgado em 4/6/2009, DJe 17/6/2009; REsp 829728/RS, Rel.

Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, julgado em 16/9/2008, DJe 7/11/2008; REsp 891795/SP, Rel. Ministro Luiz Fux, Primeira Turma, julgado em 11/3/2008, DJe 31/3/2008.
Agravo regimental provido. (AgRg no REsp 1027909/GO, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 11/05/2010, DJe 27/05/2010)

TRIBUTÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. ICMS. TRANSFERÊNCIA DE BENS DO ATIVO IMOBILIZADO. MANDADO DE SEGURANÇA IMPETRADO CONTRA O SECRETÁRIO DA FAZENDA DO ESTADO DO MATO GROSSO PARA QUE SE ABSTENHA DE COBRAR ICMS. ILEGITIMIDADE PASSIVA. EXTINÇÃO DO FEITO.
1. Busca a impetrante provimento mandamental para que o Secretário da Fazenda do Estado do Mato Grosso se abstenha de cobrar o ICMS sobre as operações de transferência de bens de seu ativo imobilizado entre seus próprios estabelecimentos, sejam em operações interestaduais ou internas, destinadas ao Estado ou deste para outros Estados da Federação.
2. A pretensão acha-se à margem da competência atribuída ao Secretario da Fazenda. Segundo a legislação estadual aplicável, não é ele quem lavra autos de infração ou determina que se proceda à autuação dos contribuintes em decorrência do não pagamento de tributos estaduais.
3. Também não cabe invocar a Teoria da Encampação. A Primeira Seção, ao apreciar o MS nº 10.484/DF, em 24.08.05, traçou os requisitos mínimos para a sua aplicação. Ficou esclarecido, na oportunidade, que a tese somente incide se: (a) houver vínculo hierárquico entre a autoridade erroneamente apontada e aquela que efetivamente praticou o ato ilegal; (b) a extensão da legitimidade não modificar regra constitucional de competência; (c) for razoável a dúvida quanto à legitimação passiva na impetração; e (d) houver a autoridade impetrada defendido a legalidade do ato impugnado, ingressando no mérito da ação de segurança.
4. A dúvida fundada que legitima tal teoria ocorre quando o mandado de segurança é impetrado, por exemplo, contra o delegado da receita estadual, embora a legislação de regência atribua a um diretor de arrecadação a responsabilidade pelo controle da receita tributária no Estado. Não é o caso dos autos, pois a indicação do Secretario da Fazenda como legitimado passivo para o *mandamus* configura erro inescusável, não havendo espaço para a encampação do ato coator.
5. Ainda que assim não fosse, outro óbice à adoção da teoria, qual seja, o fato de que o Secretario da Fazenda do Estado de Mato Grosso tem foro especial por prerrogativa de função, de modo que aceitar a encampação do ato importaria, em última análise, na modificação de regra de competência fixada na Constituição do Estado.
6. Assim, mostram-se ausentes dois dos requisitos necessários à aplicação válida da Teoria da Encampação: (a) inexistência de modificação de regra constitucional de competência e (b) dúvida razoável quanto à legitimação passiva na impetração. Desse modo, deve ser acolhida a preliminar de ilegitimidade passiva da autoridade coatora.
7. Recurso ordinário não provido. (RMS 30.848/MT, Rel. Ministro CASTRO MEIRA, SEGUNDA TURMA, julgado em 01/06/2010, DJe 11/06/2010)

> PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL. MANDADO DE SEGURANÇA. ICMS. AUTO DE INFRAÇÃO. SECRETÁRIO DE FAZENDA. ILEGITIMIDADE PASSIVA. TEORIA DA ENCAMPAÇÃO. INAPLICABILIDADE.
> 1. Hipótese em que a empresa impetrou Mandado de Segurança contra o Secretário de Fazenda, objetivando o reconhecimento da nulidade de auto de infração relativo à cobrança de ICMS. O TJ extinguiu o feito sem julgamento de mérito, por ilegitimidade passiva.
> 2. A atividade de lançamento é privativa de fiscais de carreira, nos termos do art. 37, XXII, da Constituição Federal. O Secretário de Fazenda secunda o Governador na elaboração e implantação das políticas fiscais, o que não se confunde com lançamento e cobrança de ICMS.
> 3. Inaplicável a Teoria da Encampação, pois haveria ampliação indevida da competência originária do Tribunal de Justiça.
> Precedentes do STJ.
> 4. Nos termos do art. 161, IV, "e", 5, da Constituição do Estado do Rio de Janeiro, o TJ julga originariamente Mandado de Segurança impetrado contra Secretários de Estado, mas não contra agente fiscal ou inspetor chefe da respectiva região fiscal.
> 5. Improcedente o argumento a favor da legitimidade passiva do Secretário de Estado, a pretexto de que seria responsável por dar cumprimento à legislação tributária local. O Governador, assim como diversos outros agentes públicos, tem o dever de respeitar e fazer cumprir a legislação, mas nem por isso confunde-se com autoridade coatora para fins de impetração do *mandamus*, que deve ser direcionado ao agente que efetivamente realiza o ato impugnado e tem competência para revertê-lo.
> 6. Agravo Regimental não provido. (AgRg no RMS 18.140/RJ, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 08/09/2009, DJe 11/09/2009)

Diante das considerações expostas, reconheço a ilegitimidade passiva do Exmo. Sr. Secretário da Fazenda e, em face da incompetência absoluta do Tribunal de Justiça para apreciação e julgamento do presente mandado de segurança, determino a remessa dos autos para redistribuição a uma das Varas da Fazenda Pública da Comarca da Fortaleza, devendo o processo seguir seus trâmites regulares.

É como voto.

Fortaleza, 27 de janeiro de 2011.

PROCESSO Nº 37182-76.2003.8.06.0000/0
TIPO: MANDADO DE SEGURANÇA
IMPETRANTE: JOSÉ WALDER DE AGUIAR SERRA JÚNIOR
IMPETRADO: JUIZ DE DIREITO RESPONSÁVEL PELA EMISSÃO DE CERTIDÕES NO FÓRUM CLÓVIS BEVILÁQUA
RELATOR: DES. FRANCISCO AURICÉLIO PONTES

EMENTA: MANDADO DE SEGURANÇA. ADMINISTRATIVO. PROCESSUAL PENAL. ART. 748 DO CPP. REABILITAÇÃO. ANTECEDENTES CRIMINAIS. ANALOGIA. PEDIDO DE PRISÃO PREVENTIVA ARQUIVADO. EXCLUSÃO DE DADOS DO REGISTRO DO DEPARTAMENTO DE SERVIÇOS JUDICIAIS RESPONSÁVEL PELA EXPEDIÇÃO DE CERTIDÃO NARRATIVA. DIREITO LÍQUIDO E CERTO. PRECEDENTES DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA.
1. No caso sob exame, o Poder Judiciário foi acionado mediante pedido de prisão preventiva, o qual, posteriormente, foi arquivado em razão da inexistência de crime a ser averiguado.
2. O STJ tem entendido que, por analogia ao que dispõe o art. 748 do Código do Processo Penal, que assegura ao reabilitado o sigilo das condenações criminais anteriores na sua folha de antecedentes, devem ser excluídos dos terminais de consulta de antecedentes criminais os dados referentes a inquéritos arquivados, à reabilitação do condenado, à absolvição e ao reconhecimento da extinção da punibilidade do acusado, pela prescrição da pretensão punitiva do Estado.
3. Segurança concedida, confirmando a decisão liminar, para que o impetrante preserve seus antecedentes, mantendo-os sigilosos em face do arquivamento da medida cautelar.

ACÓRDÃO:

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de Mandado de Segurança, com pedido liminar, de nº 37182-76.2003.8.06.0000/0, em que figuram as partes acima indicadas,

ACORDAM os Excelentíssimos Desembargadores integrantes da 2.ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, por unanimidade, em conceder a segurança solicitada, confirmando a liminar deferida, a fim de que se mantenha a certidão de antecedentes do impetrante sem qualquer referência ao pedido de prisão preventiva, de acordo com o voto do relator.

Fortaleza, 26 de Outubro de 2011.

RELATÓRIO

Trata-se de mandado de segurança impetrado por José Walder de Aguiar Serra Júnior, com pedido de liminar, contra ato ilegal reputado ao Juiz de Direito responsável pela emissão de certidões no Fórum Clóvis Beviláqua, em face de constar na certidão de antecedentes daquele sua prisão preventiva ocorrida no ano de 1997, sem tipificação do delito – fls. 02/05.

Assevera o impetrante que se porventura existisse algum processo contra sua pessoa, a Constituição Federal lhe asseguraria a expedição de primariedade, em razão do princípio da presunção de inocência, até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória. Contudo, o processo que gerou essa prisão já havia sido arquivado, em face da inexistência de crime a ser apurado (cópia da sentença às fls. 12/13), pelo que requer a expedição de certidão negativa, para fins de contrato de emprego e adoção de menor.

Distribuídos os autos à eminente Desa. Gizela Nunes da Costa, a qual deferiu o pedido liminar (fls. 19/22).

Em suas informações, às fls. 30/32, sustenta a autoridade impetrada que cumpriu a Portaria de n.º 339/01, de 17 de julho de 2001, da Diretoria do Fórum Clóvis Beviláqua. Informa ainda que a certidão expedida para adoção de menor foi feita na conformidade da Lei nº 8.069/99 (Estatuto da Criança e do Adolescente). Quanto à certidão expedida para fim de emprego, relata que a Secretaria de Vara não procedeu à devida baixa no sistema informatizado e que os dados constantes da certidão informam ao interessado sua conduta delituosa atual e passada, independentemente de instauração da ação penal competente.

Instada a se manifestar, a douta Procuradoria Geral de Justiça fundamentou seu parecer de forma a conceder a segurança requerida.

É o relatório.

VOTO

Conheço do "mandamus", porquanto preenchidas as formalidades intrínsecas e extrínsecas de admissibilidade do "writ".

Conforme relatado, na presente ação mandamental impetrada contra suposto ato ilegal e abusivo do Juiz responsável pela emissão de certidões no Fórum Clóvis Beviláqua, objetiva o impetrante a expedição de certidão narrativa, de forma a cancelar a informação de prisão preventiva de processo já arquivado, visando à obtenção de certidão negativa para firmar contrato de emprego.

O impetrante juntou aos autos cópia da decisão do Juiz de Direito da 14ª Vara Criminal que arquivou o procedimento cautelar preparatório penal, em face do requerimento ministerial ante a inexistência de crime a ser apurado, o que foi corroborado pela Procuradoria Geral de Justiça (cópia às fls. 12/13).

No capítulo referente à reabilitação, no Código de Processo Penal, dispõe o art. 748 que: "A condenação ou condenações anteriores não serão mencionadas na folha de antecedentes do reabilitado, nem em certidão extraída dos livros do juízo, salvo quando requisitadas por juiz criminal".

Nesse mesmo sentido é o art. 202, da Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984 (Lei de Execuções Penais), "in litteris":

> "Art. 202. Cumprida ou extinta a pena, não constarão da folha corrida, atestados ou certidões fornecidas por autoridade policial ou por auxiliares da Justiça, qualquer notícia ou referência à condenação, salvo para instruir processo pela prática de nova infração penal ou outros casos expressos em lei."

O Superior Tribunal de Justiça tem o seguinte entendimento:

> "ADMINISTRATIVO - RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA - MANUTENÇÃO DE DADOS RELATIVOS A INVESTIGAÇÕES CRIMINAIS EM CADASTROS DE ACESSO RESTRITO – POSSIBILIDADE.
> 1. 'Por analogia ao que dispõe o art. 748 do CPP, que assegura ao reabilitado o sigilo das condenações criminais anteriores na folha de antecedentes, salvo para consulta restrita pelos agentes públicos, devem ser mantidos nos registros criminais sigilosos os dados relativos a inquéritos arquivados e a processos, em que tenha ocorrido a absolvição do acusado por sentença penal transitada em julgado, com o devido cuidado de preservar a intimidade do cidadão' (RMS 28.838/SP, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 1º/10/2009, DJe de 4/11/2009). Recurso ordinário em mandado de segurança não provido. (31756 SP 2010/0048842-1, Relator: Ministra ELIANA CALMON, Data de Julgamento: 08/06/2010, T2 - SEGUNDA TURMA, Data de Publicação: DJe 18/06/2010)."

> "PROCESSUAL PENAL. PETIÇÃO. ART. 748 DO CPP. ANTECEDENTES CRIMINAIS. INQUÉRITOS ARQUIVADOS. REABILITAÇÃO, ABSOLVIÇÃO E RECONHECIMENTO DA PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO PUNITIVA. EXCLUSÃO DE DADOS DO REGISTRO DE IDENTIFICAÇÃO CRIMINAL. DIREITO LÍQUIDO E CERTO. Esta Corte Superior tem entendido que, por analogia ao que dispõe o art. 748 do Código do Processo Penal, que assegura ao reabilitado o sigilo das condenações criminais anteriores na sua folha de antecedentes, devem ser excluídos dos terminais dos Institutos de Identificação Criminal os dados relativos a inquéritos arquivados ou a processos nos quais tenha ocorrido a reabilitação do condenado, a absolvição por sentença penal transitada em julgado, ou, ainda, o reconhecimento da extinção da punibilidade do acusado, pela prescrição da pretensão punitiva do Estado. (Precedentes). Ordem concedida. (5948 SP 2007/0239617-6, Relator: Ministro FELIX FISCHER, Data de Julgamento: 06/02/2008, T5 - QUINTA TURMA, Data de Publicação: DJ 07.04.2008 p. 1)."

O STJ vem estendendo, analogicamente, a interpretação do art. 748, do CPC, em face da necessidade de reinserção do acusado ao convívio social, pois se aquele que foi condenado por sentença transitada em julgado tem direito a uma certidão negativa de antecedentes, após cumprida a pena, o que dizer então daquele que nem chegou a ser acusado formalmente pelo Ministério Público, o qual reconheceu a inexistência de delito, conforme consta da decisão de arquivamento dantes mencionada.

Veja-se ainda o fato de que na certidão de antecedentes e de execuções criminais, à fl. 06, consta que o delito que deu causa ao pedido de prisão preventiva é sem tipificação, pois não há crime sem lei anterior que o defina (art. 5º, XXXIX, da Constituição Federal), de tal modo que há de reconhecer-se que o impetrante tem o direito de ter sua certidão narrativa sem a negativação do caso em questão, a fim de garantir sua inclusão na comunidade, com a confirmação, por este colegiado, da decisão liminar concedida às fls. 19/22.

Registre-se, ademais, que o parecer da douta Procuradoria Geral de Justiça se fundamentou na documentação acostada aos autos, a qual, conforme seu entendimento, não deixa qualquer dúvida acerca da pretensão do impetrante, pelo que merece amparo o direito líquido e certo, devidamente provado, através do presente mandado de segurança.

Diante do exposto, verificados os requisitos de admissibilidade, concedo a segurança, em consonância com o parecer ministerial, para, em face dos precedentes jurisprudenciais declinados, confirmar a liminar anteriormente deferida, de forma que continue excluída da certidão de antecedentes do impetrante a ocorrência do pedido de prisão preventiva.

Sem honorários (art. 25 da Lei nº 12.016/2009).

É como voto, Senhor Presidente.

Fortaleza, 26 de Outubro de 2011.

Jurisprudência Criminal

Apelação CRIME

PROCESSO N°: 0058725-57.2011.8.06.0000
APELAÇÃO CRIME: COMARCA DE POTIRETAMA
APELANTE: ELIZANDRO CORTEZ VIANA
APELADO: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO CEARÁ
RELATOR: DES. HAROLDO CORREIA DE OLIVEIRA MÁXIMO

EMENTA:
RECURSO DE APELAÇÃO. CRIME DE RECEPTAÇÃO QUALIFICADA. RÉU CONDENADO A UMA PENA DE QUATRO ANOS DE RECLUSÃO. TRÂNSITO EM JULGADO PARA ACUSAÇÃO. DECORRÊNCIA DE LAPSO TEMPORAL SUPERIOR A OITO ANOS ENTRE O RECEBIMENTO DA DENÚNCIA E A DATA DA PUBLICAÇÃO DA SENTENÇA. INCIDÊNCIA DA PRESCRIÇÃO RETROATIVA. APLICAÇÃO DO DISPOSTO NOS ARTS. 107, INC. IV, 109, INC. IV, E 110, § 1º, TODOS DO CÓDIGO PENAL BRASILEIRO. EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE QUE DEVE SER DECRETADA DE OFÍCIO, COMO MATÉRIA PRELIMINAR, FICANDO PREJUDICADO O EXAME DE MÉRITO DA PRETENSÃO RECURSAL.
1 – Observando o magistrado a ocorrência da prescrição, em qualquer fase do processo, deve, de ofício, declarar a extinção da punibilidade, nos exatos termos do art. 61 do Código de Processo Penal.
2 – Recurso conhecido, ficando prejudicado o mérito da pretensão recursal pela ocorrência da prescrição.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de ação penal em que se interpõe apelação, ACORDAM os Desembargadores integrantes da Turma Julgadora da 2ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, por votação unânime, conhecer do apelo, decretando, porém, a extinção da punibilidade do acusado, conforme voto exarado pelo Relator.

Fortaleza, CE, 31 de outubro de 2011.

RELATÓRIO

Apelação interposta por ELIZANDRO CORTEZ VIANA contra sentença

que o condenou a 4 (quatro) anos de reclusão e 60 (sessenta) dias-multa, em regime aberto, pelo crime do artigo 180, *caput*, §§1º,e 2º, do Código Penal Brasileiro.

Em síntese, nega a autoria e alega que desconhecia a origem ilícita do bem. Postula a absolvição. Subsidiariamente, requer a desclassificação para o crime de receptação simples (artigo 180, *caput*, do CP).

Contrarrazões do Ministério Público (fls. 396/399), pelo conhecimento e desprovimento do recurso.

A Procuradoria de Justiça, de igual modo, opina pelo desprovimento do recurso (fls. 426/432.

É o breve relato, determinando remessa dos autos à D.D. Revisora para os devidos fins.

VOTO

Feito o devido exame dos autos, há de se dizer, de logo, que o recurso foi interposto tempestivamente, sendo cabível na espécie, daí merecer o pretendido conhecimento.

Conforme relatado, insurge-se o recorrente contra sentença que o condenou à pena de 4 (quatro) anos de reclusão e 60 (sessenta) dias-multa, em regime aberto, pelo crime do artigo 180, *caput*, §§1º e 2º, do Código Penal Brasileiro. Busca a absolvição. Subsidiariamente, pretende a desclassificação para o delito de receptação simples.

Afasto, no entanto, o exame de mérito da pretensão recursal, e passo a examinar a questão pertinente à decorrência do lapso prescricional extintivo da punibilidade, porquanto, ao que restou demonstrado nos autos, o réu ELIZANDRO CORTEZ VIANA foi condenado à pena de 4 (quatro) anos de reclusão.

Assim sendo, considerando a regra contida no artigo 109, inciso IV, do Código Penal, a prescrição, no caso em exame, se opera em 8 (oito) anos.

Ora, como se observa, a sentença foi publicada em 21 (vinte e um) de dezembro de 2009, encontrando-se o processo com trânsito em julgado para o Ministério Público, e o artigo 110, § 1º, do Código Penal, estabelece que a prescrição depois da sentença condenatória com trânsito em julgado para a acusação, ou depois de improvido seu recurso, regula-se pela pena aplicada, e verifica-se nos prazos estabelecidos no art. 109, do citado Diploma Legal.

A regra insculpida no artigo 109, inciso IV, examinado à luz do artigo 110 do Código Penal, determina que o delito com pena superior a 02 (dois) anos e que não exceda a 04 (quatro) prescreve em 08 (oito) anos.

Diante dessas observações, verifica-se que entre a data do recebimento da denúncia (29.06.2001 - fl. 48) e a data da publicação da r. sentença condenatória (21.12.2009 - fl. 378v), transcorreu lapso que excedeu a 08 (oito) anos, interstício temporal superior àquele delineado pela conjugação dos dispositivos do Código Penal para fins prescricionais.

Chega-se, com isso, a conclusão de que, decorrido tal prazo, não há mais interesse estatal na punição do fato delituoso, tornando-se imperativa a decretação da extinção da punibilidade.

O reconhecimento da prescrição da pretensão punitiva estatal, com prejuízo do exame de mérito do recurso interposto, deve ser proclamado nesta instância revisora, face ao disposto no art. 61, do Código de Processo Penal, segundo o qual "Em qualquer fase do processo, o juiz, se reconhecer extinta a punibilidade, deverá declará-lo de ofício".

À vista de tudo isso, portanto, o que se tem agora a dizer é que, segundo a regra do artigo 109, inciso IV, c/c o §1º, do artigo 110 do C.P., a prescrição, no caso em exame, operou-se em 4 (quatro) anos, porque, como já dito, o acusado foi condenado à pena de 4 (quatro) anos de reclusão.

Evidenciada, pois, tal circunstância, imperativo se mostra o reconhecimento da extinção da punibilidade do apelante ELIZANDRO CORTEZ VIANA, pela ocorrência da prescrição da pretensão punitiva do Estado em sua modalidade retroativa, com fulcro no art. 107, inc. IV; art. 109, inciso IV, e art. 110, todos do Código Penal.

É como voto.

Fortaleza, CE, 31 de outubro de 2011.

PROCESSO Nº 1034026-65.2000.8.06.0001
APELAÇÃO CRIME – 18ª VARA CRIMINAL DA COMARCA DE FORTALEZA
APELANTE: ANDRÉ LUIZ NOGUEIRA TEIXEIRA CARVALHO
APELADO: MINISTÉRIO PÚBLICO
RELATOR: DES. HAROLDO CORREIA DE OLIVEIRA MÁXIMO

EMENTA: PENAL E PROCESSUAL PENAL – APELAÇÃO CRIMINAL – ROUBO QUALIFICADO TENTADO – CONCURSO DE AGENTES E SIMULAÇÃO DE USO DE ARMA DE FOGO – PEDIDO DE DESCLASSIFICAÇÃO PARA FURTO SIMPLES TENTADO – IMPOSSIBILIDADE DE ACOLHIMENTO – AUTORIA E MATERIALIDADE DEMONSTRADAS – IMPROVIMENTO DO RECURSO.

1. A autoria e a materialidade estão comprovadas pelas provas contidas na instrução processual, inclusive pela circunstância de ter sido a *"res furtiva"* apreendida em poder do acriminado.
2. Depoimento seguro da vítima e testemunhas, que confirmaram os fatos narrados na denúncia.
3. A simulação do uso de arma de fogo constitui elemento idôneo para configurar a grave ameaça, uma vez que produz na vítima o temor necessário para a execução do crime.
4. Recurso conhecido e improvido.
5. Sentença mantida em sua integralidade.

ACÓRDÃO

ACORDAM os Desembargadores integrantes da Turma Julgadora da 2ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, à unanimidade, em conhecer da apelação interposta e negar-lhe provimento**,** nos termos do voto do Relator, parte integrante deste.

Fortaleza, 31 de outubro de 2011.

RELATÓRIO

Apelação interposta pelo acusado André Luiz Nogueira Teixeira Carvalho contra sentença que o condenou pela prática da infração capitulada no Art. 157, § 2º, II, c/c Art. 14, II, ambos do Código Penal.

O recorrente foi condenado à pena de quatro (04) anos e quatro (04) meses

de reclusão, no regime inicial semiaberto e ao pagamento de dez (10) dias-multa.

Inconformado com esse resultado, o apelante interpôs o recurso em exame, com razões às fls. 125/131, visando à reforma da decisão.

As Contrarrazões da Promotoria de Justiça foram ofertadas às fls. 133/136, propugnando-se pelo improvimento do apelo. O parecer da douta Procuradoria Geral de Justiça foi exarado no mesmo sentido, podendo ser visto às fls. 142/146.

Por sucessão, o feito foi redistribuído para este Gabinete em 24/08/11, conforme dados do sistema SPROC, vindo concluso para apreciação.

Era o que se tinha a relatar, determinando a remessa dos autos à D.D. Revisora para os devidos fins.

VOTO

O recurso deve ser conhecido, eis que presentes os pressupostos de sua admissibilidade.

Narra a exordial acusatória que no dia 24 de setembro de 2005, na Avenida Washington Soares, o apelante André Luiz Nogueira Teixeira Carvalho acompanhado de um adolescente, agindo em concurso e mediante simulação de que estivessem armados, subtraiu a bolsa da vítima Jovita de Andrade Lima.

A vítima foi intimidada pela dupla de infratores, ocasião em que anunciaram o assalto, exigindo a entrega dos pertences, tais como: aparelho de telefone celular, documentos, objetos pessoais e dinheiro. Uma vez em posse dos objetos subtraídos, os delinquentes empreenderam fuga.

Imediatamente após o cometimento do delito, policiais militares que passavam pelo local saíram em perseguição dos acusados, culminando com a prisão de ambos. A *res furtiva* foi recuperada ainda na posse dos infratores.

Com fulcro nas incontestáveis provas dos autos o douto julgador condenou André Luiz Nogueira Teixeira Carvalho, por infração ao Art. 157, § 2º, II, c/c Art. 14, II, ambos do Código Penal, a pena quatro (04) anos e quatro (04) meses de reclusão e ao pagamento de dez (10) dias-multa, à razão de um trigésimo do salário mínimo.

Irresignado com o resultado da sentença condenatória o recorrente, através de defensor público, apelou contra o *decisum,* pleiteando a desqualificação do crime para furto simples tentado.

A materialidade encontra-se demonstrada pelos seguintes elementos: Auto de Prisão em Flagrante (fls. 13/14), Recibo de Entrega de Preso (fls. 16), Nota de Culpa (fls. 17), Auto de Apresentação e Apreensão (fls. 25), Termo de Restituição (fls. 26), bem como pelas declarações colhidas, tanto na fase investigativa, quanto no curso da instrução criminal.

A autoria encontra-se cabalmente comprovada a partir da análise e da valoração dos depoimentos colhidos na fase policial, confrontados com a prova testemunhal coletada em Juízo, sobretudo, pela confissão do recorrente (fls. 05/06 e 53 e

verso) e pelas declarações consistentes e seguras prestadas pela vítima, que reconheceu o acusado como sendo um dos autores do crime, demonstrando a existência de um conjunto probatório coerente e harmônico.

O reconhecimento do réu pelas vítimas é prova segura da autoria, merecendo ser prestigiada:

> "A jurisprudência desta Corte Superior de Justiça é pacífica no sentido de se admitir a palavra da vítima como fundamento suficiente a ensejar a condenação, especialmente em crimes praticados às escondidas. Precedentes" (STJ - AgRg no Ag 660.408/MG - 6ª T. - Rel. Min. Hamilton Carvalhido - j. 29/11/2005 - DJU 06/02/2006, p. 379).

A vítima Jovita de Andrade Lima relatou com riqueza de detalhes, por ocasião de seu depoimento, como se deu o fato criminoso, nos termos a seguir transcritos:

> "(…) que desceu do ônibus na Av. Washington Soares, na altura do bairro Cambeba quando um indivíduo de bicicleta se aproximou e a abordou e disse que passasse a bolsa pois era um assalto; que este indivíduo colocou a mão debaixo da blusa dizendo que estava armado; que atemorizada entregou a bolsa de couro com seus pertences; que o infrator atravessou a Av. Washington Soares, se encontrou com outro indivíduo e saíram juntos em direção ao bairro Alagadiço Novo; que começou a gritar pedindo ajuda, quando passou uma viatura da PM que foi ao seu encontro; que os populares informaram aos policiais o rumo tomado pelos dois infratores, que foram encontrados logo depois; que foram recuperados seus pertences e estavam em poder dos mesmos; que reconhece sem dúvidas a pessoa que soube chamar-se ANDRÉ LUIS NOGUEIRA TEIXEIRA CARVALHO (…);"

Postula o nobre defensor a concessão da desqualificação do crime de roubo qualificado tentado para furto simples tentado, porém, o próprio recorrente admitiu em suas declarações que anunciou o assalto à vítima, bem como que se fazia acompanhar de um comparsa. O pedido de desclassificação é inviável porquanto evidente na espécie a existência da grave ameaça, já que o apelante anunciou o assalto com simulação de arma de fogo, atemorizando e intimidando a vítima.

O simples anúncio do assalto somado ao fato de estar o recorrente simulando o emprego de arma de fogo foi capaz de intimidar a vítima, causando-lhe temor, o que configura por si só a grave ameaça exigida pelo tipo penal do crime de roubo. A grave ameaça assim restou demonstrada, configurando o crime de roubo.

Ademais, sempre é oportuno destacar que nos crimes contra o patrimônio há de se emprestar especial valor à palavra da vítima, mormente quando encontra respaldo nos demais elementos de prova produzidos nos autos, mostrando-se apta, pois, a sustentar a condenação.

Ao contrário do que alega a defesa, a respeitável sentença está sedimentada em harmônico conjunto probatório, posto que a prova produzida no procedimento de

investigação foi ratificada na instrução criminal, conforme já evidenciado, culminando por apontar o recorrente como um dos autores do delito em questão. O acervo probatório, portanto, ampara a condenação.

Nesse ponto, se faz oportuna a transcrição das ementas de acórdãos sobre o tema:

> EMENTA**:** ROUBO QUALIFICADO - EMPREGO DE ARMA e CONCURSO DE AGENTES - Autoria e materialidade comprovadas por prova oral e documental — Absolvição por insuficiência probatória em relação ao acusado Bruno - Impossibilidade - Quanto ao réu Renato a defesa requer desclassificação para o delito de furto tentado, afastamento da causa de aumento de pena do emprego de arma de fogo e por fim, a concessão do regime prisional semiaberto - Inviável - Palavra da vitima — Idoneidade – Condenação mantida - Penas bem dosadas, bem como o regime prisional - Recurso improvido. (Apelação Criminal N° 0387899-17.2010.8.26.0000 - Comarca de São José dos Campos - Estado de São Paulo - Relator: Exmo. Sr. Des. Ribeiro dos Santos - julgado em 22/08/2011).

> EMENTA: ROUBO QUALIFICADO - SIMULAÇÃO DE EMPREGO DE ARMA E CONCURSO DE AGENTES - CONJUNTO SUFICIENTE À CONDENAÇÃO - DESCLASSIFICAÇÃO PARA FURTO TENTADO - NÃO-OCORRÊNCIA. - Induvidosas materialidade e autoria, não há que se falar em insuficiência de provas para a condenação. - Não se desclassifica para furto tentado, o delito de roubo praticado com grave ameaça à pessoa exercida com emprego de simulação de arma. - Apelação não provida. (Apelação Criminal N° 1.0702.06.268081-5/001 - Comarca de Uberlândia - apelante(s): Francisco de Assis Araújo, Cleiton Souza Araújo - apelado(a)(s): Ministério Público - Estado Minas Gerais - Relator: Exmo. Sr. Des. Ediwal José de Morais - dj de 06/10/2009).

O recurso, por tudo que foi detalhadamente exposto, não merece provimento, devendo a condenação ser mantida integralmente. *Ex positis,* em consonância com o parecer da douta Procuradoria Geral de Justiça, emite-se o voto no sentido de negar provimento ao recurso interposto, por estar a sentença condenatória embasada na lei e nas provas dos autos.

É o voto.

Fortaleza, 31 de outubro de 2011.

PROCESSO Nº 0001078-74.2004.8.06.0154
APELAÇÃO CRIME – 2ª VARA DA COMARCA DE QUIXERAMOBIM
APELANTE: GUILHERME DE OLIVEIRA LEMOS
APELADO: JUSTIÇA PÚBLICA
RELATOR: DES. HAROLDO CORREIA DE OLIVEIRA MÁXIMO

EMENTA: PENAL E PROCESSUAL PENAL – APELAÇÃO CRIMINAL – CRIME DE FURTO QUALIFICADO – SENTENÇA CONDENATÓRIA – RECURSO APELATÓRIO COM PEDIDO DE REDUÇÃO DA PENA BASE – AUTORIA E MATERIALIDADE DEMONSTRADAS – PROVIMENTO DO RECURSO.

1. A autoria e a materialidade estão comprovadas pelas provas da instrução processual. Depoimentos seguros que confirmaram os fatos narrados na denúncia.
2. Promove-se ajuste na pena base se a julgadora considera fato anterior ao crime então apurado, com condenação posterior, todavia sem o devido trânsito em julgado, para ampliar os antecedentes maculados do recorrente.
3. Redução da pena arbitrada, estabelecendo o regime aberto, com a consequente conversão da pena privativa de liberdade em duas penas restritivas de direito.
4. Recurso provido

ACÓRDÃO

ACORDAM os Desembargadores integrantes da Turma Julgadora da 2ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, à unanimidade, em conhecer da apelação interposta e dar-lhe provimento**,** nos termos do voto do Relator, parte integrante deste.

Fortaleza, 3 de outubro de 2011.

RELATÓRIO

GUILHERME DE OLIVEIRA LEMOS**,** qualificado nos autos foi denunciado pelo representante do Ministério Público, como incurso nas sanções do art. 155, § 4º, incisos II e IV, ambos do Código Penal.

O recorrente foi condenado à pena de quatro (04) anos e seis (06) meses de reclusão, a ser cumprida inicialmente sob o regime semiaberto.

Inconformado com o *decisum*, o apelante interpôs o recurso em exame,

com razões às fls. 151/154, visando à reforma da decisão.

Contrarrazões apresentadas pelo Promotor Público às folhas 157/162, defendendo a sentença e pugnando por sua manutenção, posição essa endossada pela Procuradoria Geral de Justiça que oficia pelo conhecimento e desprovimento do recurso no seu parecer de folhas 172/176.

Por sucessão, o feito foi redistribuído para este Gabinete em 25/08/2011, conforme dados do sistema SPROC, vindo concluso para apreciação.

Era o que se tinha a relatar, determinando a remessa dos autos ao D.D. Revisor para os devidos fins.

VOTO

Feito o devido exame dos autos, registre-se que o recurso interposto preenche os requisitos genéricos e específicos necessários à sua aptidão formal de admissibilidade, razão para tomar o conhecimento pretendido.

GUILHERME DE OLIVEIRA LEMOS, qualificado nos autos, foi denunciado pelo representante do Ministério Público, como incurso no Art. 155, § 4º, incisos II e IV, do CPB, sob o argumento de haver o acusado, juntamente com um adolescente, no período noturno, haver praticado o furto de uma (01) ovelha, com abuso de confiança, posto que o mesmo exercia a função de pastor de animais em um sítio de propriedade da vítima Raimundo Nonato Nascimento Macedo.

Conforme consta na denúncia de fls. 02/03, o apelante furtou o citado animal com a finalidade de utilizá-lo para degustação, em decorrência da comemoração do aniversário de sua namorada.

A autoria e materialidade estão claras. Apresentada a defesa prévia, ultimada a instrução criminal e oferecidas as alegações finais, sobreveio a sentença, na qual a juíza do feito julgou procedente a denúncia, condenando o acusado Guilherme de Oliveira Lemos à pena de quatro (04) anos e seis (06) meses de reclusão, a ser cumprida inicialmente sob o regime semiaberto.

O acusado, através de defensor particular, interpôs o presente recurso de apelação às fls. 220/223, requerendo apenas a reforma da sentença condenatória no sentido de diminuir a pena base.

Respeitado o entendimento alcançado pela douta magistrada *a quo*, tem-se que a dosimetria deve ser revista, merecendo correção. Observa-se que o recorrente é confesso, as consequências do ato delituoso não foram graves, além do fato da namorada do mesmo, de nome Célia, ter pago o valor referente ao bem subtraído.

A culpabilidade deve ser analisada levando-se em consideração o grau de reprovabilidade social da conduta do agente em relação aos demais crimes da mesma espécie. No caso em questão, a culpabilidade não extrapola a exigida pelos tipos penais.

Sobre a personalidade e a conduta social entende-se não haver elementos suficientes para exasperar a pena base, embora denotado o comportamento social

desfavorável do acusado. Não há nada relacionado aos motivos, circunstâncias e consequências do crime (comuns ao tipo penal) que possa influenciar no cálculo da pena base.

No que se refere às circunstâncias judiciais a douta magistrada sentenciante analisou-as negativamente tão somente em razão da Folha Penal do acusado, no entanto, em consulta ao referido documento, acostado aos autos às fls. 132 e verso, observa-se que, à época do cometimento do fato delituoso em tela, o acusado não ostentava qualquer sentença condenatória transitada em julgado, o que, conforme diretiva corporificada no verbete Nº 444 do colendo STJ, inviabiliza sua utilização para agravar a pena base, fazendo com que, nesta instância, seja afastada a análise negativa de referida circunstância judicial, certo que inexistem dados suficientes para aferi-la.

A culpabilidade é a normal à espécie, inexistindo elemento capaz de aumentar a reprovabilidade inerente aos delitos dessa natureza. Sua conduta merece reprovação, porquanto nas circunstâncias era-lhe exigível conduta de respeito à norma. Assim, restando desfavorável apenas a análise da circunstância judicial das consequências do delito, na **primeira fase** da dosimetria, a pena base corporal deve ser aplicada num patamar mais próximo do mínimo legal previsto para o tipo penal de furto qualificado, mostrando-se razoável e proporcional sua fixação em **2 (dois) anos e 6 (seis) meses de reclusão**.

Na **segunda etapa,** verifica-se a incidência de circunstância atenuante, tendo em vista que o acusado era menor de 21 (vinte e um) anos na data do fato e ter o mesmo confessado a prática do furto, isto posto atenua-se a pena em seis (06) meses.

Na **terceira e última fase** da dosimetria, diante da ausência de qualquer causa de aumento ou diminuição de pena, fixa-se a pena corporal **definitiva** em **2 (dois) anos de reclusão**.

Por se tratar de acusado não reincidente à época do fato, se faz necessária a fixação do regime **aberto** para início de cumprimento da pena corporal, com fulcro no artigo 33, § 2º, alínea "c" e § 3º, do Código Penal.

Em obediência ao disposto no art. 44, incisos I, II e III e § 2º, do Código Penal, substitui-se a pena privativa da liberdade imposta por duas penas restritivas de direitos, quais sejam, a prestação de serviços à comunidade ou a entidades públicas e prestação pecuniária no valor de 01(um) salário mínimo.

Neste sentido, *in verbis*:

> EMENTA: APELAÇÃO CRIMINAL - FURTO QUALIFICADO MEDIANTE FRAUDE E CONCURSO DE PESSOAS - AUTORIA E MATERIALIDADE COMPROVADAS PELO COJUNTO PROBATÓRIO - DECOTE DAS QUALIFICADORAS - IMPOSSIBILIDADE - SUBSTITUIÇÃO DAS PENAS RESTRITIVAS DE DIREITO POR UMA DE MULTA - APLICAÇÃO DA REGRA DO § 2.º, DO ART. 44, DO CP - APELO DESPROVIDO. REDUÇÃO DA PENA, DE OFÍCIO.
> (Apelação Criminal n° 1.0024.07.785113-7/001 - Comarca de Belo

> Horizonte - Apelante(s): Eduardo Donizete Pereira, Marília de Ávila Moscardini Barbosa - Apelado(a)(s): Ministério Público do Estado de Minas Gerais - Relator: Exmo. Sr. Des. Flávio Leite, Publicado em 03/06/2011).
>
> *"HABEAS CORPUS.* PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. CONDENAÇÃO SEM TRÂNSITO EM JULGADO. MAUS ANTECEDENTES. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. PACIENTE AFETO À ATIVIDADES CRIMINOSAS. REDUTOR DO ART. 33, § 4º, DA LEI Nº 11.343/06. NÃO PREENCHIMENTO DE REQUISITO LEGAL.AGRAVAMENTO DA SITUAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. AÇÃO CONSTITUCIONAL DE DEFESA DO CIDADÃO. PATAMAR DE DIMINUIÇÃO MANTIDO.
> 1. Vários são os precedentes desta Casa no sentido de que, em respeito ao princípio constitucional da presunção de inocência, inquéritos policiais, ações penais em curso e sentenças condenatórias sem trânsito em julgado não servem para a imposição da pena-base acima do mínimo legal.
> 2. No caso, a exasperação da pena-base se deu em virtude de condenação anterior sem trânsito em julgado. Constrangimento ilegal evidenciado." (HC 156.653/RJ, Rel. Ministro OG FERNANDES, SEXTA TURMA, julgado em 25/05/2010, DJe 09/08/2010) .

Pelo exposto, emite-se voto no sentido de DAR PROVIMENTO ao recurso para reduzir a quantidade da pena anteriormente imposta, fixando-a definitivamente em 2 (dois) anos de reclusão, no regime aberto. Com fulcro no disposto no art. 44, incisos I, II e III e § 2º, do Código Penal, substitui-se a pena privativa da liberdade por duas penas restritivas de direitos consistentes em prestação de serviços à comunidade ou a entidades públicas e prestação pecuniária no valor de 01(um) salário mínimo.

É o voto.

Fortaleza, 3 de outubro de 2011.

PROCESSO Nº: 1189-51.2000.8.06.0040/1
APELAÇÃO CRIMINAL – VARA ÚNICA DA COMARCA DE ASSARÉ
APELANTE: MINISTÉRIO PÚBLICO
APELADO: OSVALDO BEZERRA LEITE
RELATOR: DESEMBARGADOR PAULO CAMELO TIMBÓ

EMENTA: PROCESSUAL PENAL. APELAÇÃO MINISTERIAL. TRIBUNAL DO JÚRI. HOMICÍDIO TENTADO. TESE DA ACUSAÇÃO. DESCLASSIFICAÇÃO DO DELITO PARA LESÃO CORPORAL. ANULAÇÃO DO JULGAMENTO. DECISÃO MANIFESTAMENTE CONTRÁRIA À PROVA DOS AUTOS. INOCORRÊNCIA. 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, vez que o acervo probatório possui elementos que sustentam a tese acatada.
2. Os jurados podem acolher uma das teses apresentadas, em detrimento de outras, por lhes parecer a que melhor amparo encontra na prova coligida, o que, por si só, não enseja a anulação do julgamento por contrariedade à prova dos autos.
3. Recurso conhecido e improvido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de Apelação Criminal, ACORDAM os desembargadores da 2ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Ceará, à unanimidade e em concordância com o parecer ministerial, em NEGAR PROVIMENTO ao recurso interposto, nos termos do voto do Relator.

Fortaleza, CE, 20 de junho de 2011.

RELATÓRIO

Trata-se de Apelação Criminal, interposta pelo Ministério Público, com arrimo no art. 593, III, “d”, do Código de Processo Penal, contra a sentença que

desclassificou o delito de homicídio tentado para lesões corporais, alegando que a decisão dos jurados teria acolhido tese manifestamente contrária à prova dos autos.

O feito tramitou regularmente, tendo o réu sido submetido a julgamento pelo Tribunal do Júri, o qual entendeu pela desclassificação do delito.

Aduz o apelante que não existem nos autos quaisquer provas que se coadunem com a tese acolhida, e que estaria clara a ocorrência da tentativa de homicídio, bem como sua autoria, por isso a decisão dos jurados teria sido arbitrária, manifestamente distorcida dos elementos de convicção coligidos, requerendo, assim, a anulação do julgamento do Tribunal do Júri.

Recebido e contrariado o recurso, a defesa pugnou pelo improvimento do apelo.

Nesta Superior Instância, a Procuradoria Geral de Justiça manifestou-se pelo improvimento da apelação (fls. 207/212).

É o relatório.

VOTO

Conheço do recurso, posto que presentes os requisitos de sua admissibilidade.

Como relatado, trata-se de Apelação Criminal, interposta pelo Ministério Público, com arrimo no art. 593, III, "d", do Código de Processo Penal, contra a sentença que desclassificou o delito de homicídio tentado para lesões corporais, alegando que a decisão dos jurados teria acolhido tese manifestamente contrária à prova dos autos.

Aduz o apelante que não existem nos autos quaisquer provas que se coadunem com a tese acolhida, e que estaria clara a ocorrência da tentativa de homicídio, bem como sua autoria, por isso a decisão dos jurados teria sido arbitrária, manifestamente distorcida dos elementos de convicção coligidos, requerendo, assim, a anulação do julgamento do Tribunal do Júri.

A presente apelação ampara-se no art. 593, III, "d", do Código de Processo Penal, que trata da anulação do julgamento do Tribunal do Júri, por manifesta contrariedade à prova dos autos. Nesse sentido, cabe-nos tão somente determinar se o julgamento encontra algum amparo na prova coligida aos autos, ou se realmente está completamente divorciado dos elementos probatórios carreados, ressaltando que somente neste último caso é possível sua anulação, em virtude do princípio da soberania dos vereditos, consagrado na Constituição Federal de 1988, em seu artigo 5º, inciso XXXVIII, alínea "c", *in verbis*:

> Art. 5º …
> XXXVIII – é reconhecida a instituição do júri, com a organização que lhe der a lei, assegurados:
> …
> c) a soberania dos veredictos;

Portanto, somente é passível de anulação a decisão dos jurados quando arbitrária, completamente em desacordo com as provas dos autos, não se incluindo aqui a decisão que, analisando os elementos probatórios, optar por uma das teses apresentadas.

Nesse sentido é a jurisprudência desta Corte:

> **Ementa:** APELAÇÃO CRIMINAL. TRIBUNAL DO JÚRI. ANULAÇÃO DO JULGAMENTO POR CONTRARIEDADE À PROVA DOS AUTOS. INOCORRÊNCIA. DECISÃO MANTIDA.
> I - Em obediência ao princípio constitucional da soberania dos vereditos, previsto no art. 5º, inciso XXXVIII, alínea "c" da Constituição Federal, somente se anula o julgamento do Tribunal do Júri quando sua decisão for manifestamente contrária à prova dos autos, ou seja, quando não tiver apoio em qualquer elemento de convicção constante dos 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, constata-se que a versão acolhida pelos jurados, qual seja, a de que o réu não iniciou a execução de um crime de homicídio, tendo praticado somente o delito de lesões corporais, apresenta-se verossimilhante, encontrando apoio no acervo probatório.

Ora, o simples fato de não ter o Conselho de Sentença acatado a tese de acusação, não quer dizer que a decisão foi contra a prova dos autos.

No caso em tela, das versões dos fatos extraídas dos autos, os jurados escolheram a de desclassificação do delito para lesão corporal, pois assim se convenceram com base nos elementos de prova constantes nos autos.

Se essa tese é a mais acertada, não nos cabe analisar, em virtude da soberania dos vereditos. A esta Corte cabe, apenas, perscrutar se existe algum elemento de prova capaz de amparar a tese acolhida pelo Conselho de Sentença. E na hipótese, encontra sim amparo na prova coligida a versão acolhida pelos jurados. Vejamos:

O acusado, em seu interrogatório em plenário afirmou (fls. 162/165):

> (…) Quando sentiu já foi uma cotovelada no seu ombro; Quando se virou já viu a vítima; Quando recebeu a cotovelada esbarrou em outras pessoas que estavam próximas; Ao dar a cotovelada a vítima foi logo dizendo para o interrogando para se virar para morrer e fazendo gesto de pegar a arma; Nesse momento o interrogando pegou a arma que tinha e disparou em direção à vítima; O interrogando efetuou disparos em direção à vítima, mas somente para intimidá-lo, pois não tinha intenção de atingir a vítima (…).

No mesmo sentido é o parecer da douta Procuradoria de Justiça, que assim asseverou (fls. 207/212):

> (…) Quanto à alegação da douta Representante do *Parquet* de que o Conselho de Sentença julgou de forma contrária a prova dos autos, a mesma não merece prosperar, haja vista que ao abalizar a prova carreada nos autos, constata-se que não ficou sobejamente comprovada a vontade livre e consciente do apelado em matar a vítima.
> Além disso, só as cogitações e boatos não bastam para incriminar e justificar uma sanção condenatória. A tentativa só pode ser reconhecida quando a conduta é de tal natureza que não deixa dúvida quanto à intenção do agente (...).

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 autos. Não cabe anulação, quando os jurados optam por uma das correntes de interpretação da prova passíveis de surgir.

Nesse 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

1 NUCCI, Guilherme de Souza. Código de Processo Penal Comentado. 9. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

> "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 exercida pelas autoridades judiciais, as quais não receberam tal competência constitucionalmente. Portanto, a soberania dos vereditos deve prevalecer, sendo mitigada exclusivamente em casos excepcionais, como nas decisões arbitrárias e sem nenhum amparo probatório, o que não ocorre no caso.

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 concordância com o parecer ministerial, mantendo incólume a decisão do Tribunal do Júri.

É como voto.

Fortaleza, 20 de junho de 2011.

PROCESSO: Apelação Crime n. 22022-74.2004.8.06.0000/0 – Fortaleza -CE
APELANTE: Luiz Antônio da Conceição
APELADO: Ministério Público Estadual
RELATOR: Desembargador João Byron de Figueirêdo Frota

EMENTA: PENAL. PROCESSUAL PENAL. ART 213 E 214 C/C 69, DO CÓDIGO PENAL. CONDENAÇÃO A DOZE ANOS DE RECLUSÃO. REGIME FECHADO. SUPOSTA INEFICÁCIA E INSUFICIÊNCIA DO CONJUNTO PROBATÓRIO PARA ENSEJAR A CONDENAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. CONJUNTO PROBATÓRIO SUFICIENTEMENTE COESO PARA ENSEJAR CONDENAÇÃO. ALTERAÇÃO *EX OFFICIO* DO REGIME PRISIONAL DE INTEGRALMENTE PARA INICIALMENTE FECHADO. APELAÇÃO NÃO PROVIDA.
I – Condenado por infração aos artigos 213 c/c 224, c/c art. 69, do Código Penal, o apelante requer que a sentença seja reformada, aduzindo que a decisão prolatada é carente de provas suficientes que pudessem contribuir para formar qualquer juízo de culpabilidade.
II – Analisados os autos, vislumbro que a decisão do magistrado *a quo* não carece de fundamentação, vez que o conjunto probatório mostra-se substancialmente claro para, sem excessos, ensejar a condenação do ora apelante.
III – Nega-se provimento ao recurso de apelação.
IV – Converto *ex oficio* o regime prisional de integralmente fechado para inicialmente fechado, em conformidade com o consolidado entendimento do Supremo Tribunal Federal.

Vistos, relatados e discutidos estes autos da Apelação Criminal n. 22022-74.2004.8.06.0000/0, 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 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 Luiz Antônio da Conceição, em que pede seja este condenado nas tenazes do arts. 213 e 214, c/c art. 69, do Código Penal.

Narrou-se na exordial acusatória (fls. 2/4) que, no dia 26 de setembro de 2002, por volta das 03:30 da manhã, na Rua Tomé Cordeiro, número 676, bairro Jardim

Iracema, nesta *urbe*, o denunciado constrangeu, mediante grave ameaça, a vítima, adolescente à época, a praticar ato libidinoso e a manter consigo conjunção carnal.

Submetido ao devido processo legal, garantido o contraditório e a ampla defesa, realizada a instrução criminal e o julgamento perante a 12ª Vara Criminal da Comarca de Fortaleza/CE, o douto magistrado *a quo* decidiu por condenar o ora apelante à pena de 12 anos de reclusão, no regime integralmente fechado (fls.182/189).

Inconformado com o *decisum*, o Apelante interpôs recurso de apelação, pleiteando a nulidade da sentença prolatada, ante a pendência de julgamento da ação de Mandado de Segurança visando a realização do exame de DNA, aduzindo ser este fundamental para a prolação da sentença, vez que a palavra da vítima não seria suficiente para ensejar a condenação. Subsidiariamente requer a reforma da decisão, a fim de reduzir a pena imposta para a mínima do crime de estupro, que supostamente absorve o de atentado violento ao pudor, e ainda, caso acatada a imposição constritiva mínima, a conversão para o regime semiaberto. (fls. 213/227).

Chamado às contrarrazões, o douto Ministério Público pugna pelo conhecimento, bem como improvimento da apelação. Afirma que a vítima, à época detentora 12 (doze) anos de idade, tinha plena capacidade de descrever o fato, bem como de reconhecer o autor do crime, como efetivamente o fez. Aduz que as provas testemunhais corroboram com o depoimento da vítima, bem como o exame de corpo de delito constatou a presença de lesão na mucosa vaginal e presença de espermatozoide, estes suficientes para convencer e bem fundamentar a decisão (fls. 228/231).

Ouvido, o ínclito Procurador de Justiça opinou pela manutenção *in totum* da decisão combatida, sendo assim, pelo improvimento do recurso em tela. Enaltece, em conformidade com a decisão prolatada em planar instância, que nos crimes de natureza sexual, dada a dificuldade da obtenção de prova direta, dá-se preponderante valor à declaração da vítima, esta que manteve coerência e harmonia em seus relatos, descrevendo a ocorrência de estupro e a prática de atos libidinosos diversos da conjunção carnal (fls. 237/239).

É o relatório. Passo a votar.

Recurso tempestivo, não havendo qualquer questão impeditiva ou extintiva do direito de recorrer, vez que o Mandado de Segurança com pedido liminar, interposto pelo ora apelante, em nada contribui para a comprovação da materialidade e autoria delitiva, ademais ser natimorto, vez que interposto quase hum ano após o cometimento do delito, sendo impossível o exame do material genético requisitado.

Verifica-se que o cerne do recurso em questão é o pleito do apelante quanto ao julgo proferido pelo juízo da 12ª Vara Criminal da Comarca de Fortaleza/CE, que teria sido proferido injustamente, ante suposta insuficiência e ineficácia do conjunto probatório para ensejar a condenação.

Mediante acurada análise do conjunto probatório, podemos auferir a consistência e retidão do conjunto probatório em delinear a autoria e a materialidade do crime. O auto de exame de corpo de delito (fls. 20), é insofismável em afirmar que houve

lesão na muscosa vaginal, além de constatar a presença de espermatozoides.

Nestas modalidades de delito a palavra da vítima é de suma importância para a formação do entendimento dos julgadores, conforme entendimento há muito sedimentado nas Cortes brasileiras:

> **PENAL E PROCESSO PENAL. APELAÇÃO CRIMINAL. DELITOS DE ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR E EXPLORAÇÃO SEXUAL. ART. 214 DO CÓDIGO PENAL E ART. 244-A DA LEI Nº 8.069/90 – ECA. ALEGAÇÃO DE AUSÊNCIA DE PROVAS DA AUTORIA DOS CRIMES. DECLARAÇÕES DAS VÍTIMAS E DEPOIMENTOS DAS TESTEMUNHAS SUFICIENTES PARA CONDENAR. PLEITO DE DESCLASSIFICAÇÃO PARA O DELITO DE ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR MEDIANTE FRAUDE. IMPOSSIBILIDADE. SENTENÇA CONFIRMADA. RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO.**
> **1. A palavra da vítima de atentado violento ao pudor, mesmo quando criança, apresentando-se segura e destituída de contradições, sobrepõe-se à tese de negativa de autoria.**
> 2. No pertinente ao crime de exploração sexual, o entendimento firmado em diversas jurisprudências e na doutrina especializada é de que, a violência presumida absorve a hipótese de fraude, razão pela qual improcede o pedido de desclassificação.
> 3. Recurso conhecido e desprovido. (TJRN - ACR 143321 RN 2009.014332-1 Des. Virgílio Macêdo Jr. 06/06/2011)
>
> PENAL - ESTUPRO E ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR - AUTORIA COMPROVADA - PALAVRA DA VÍTIMA CORROBORADA PELA PROVA TESTEMUNHAL - CONDENAÇÃO - MANUTENÇÃO - CONTINUIDADE DELITIVA - RECONHECIMENTO - ADEQUAÇÃO DA PENA - RECURSO A QUE SE DÁ PARCIAL PROVIMENTO.
> **- Sendo firme e coerente a palavra da vítima de estupro e atentado violento ao pudor, seja ela menor ou não, corroborada por outros elementos de provas contidos nos autos, a condenação do agente é medida que se impõe, principalmente porque se cuida de delito que sói ocorrer na clandestinidade.** (TJMG - 101030900889170011 MG 1.0103.09.008891-7/001(1) Des. Hélcio Valentim 25/02/2010)
>
> **APELAÇÃO CRIMINAL - ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR - ABSOLVIÇÃO - IMPOSSIBILIDADE.**
> **1- A palavra da vítima, em sede de crime de estupro ou atentado violento ao pudor, em regra, é elemento de convicção de alta importância, levando-se em conta que estes crimes, geralmente, não tem testemunhas, ou deixam vestígios (Precedentes do Supremo Tribunal Federal e Superior Tribunal de Justiça).** (TJAC - ACR 20090050370 AC 2009.005037-0 Des. Feliciano Vasconcelos 08/04/2010)

Faço, na oportunidade, minhas as palavras da magistrada na decisão de primeira instância (fls.182/189):

> "(...) à autoria delitiva, as provas dos autos estão a indicar, clara e precisamente, que o denunciado foi, efetivamente, o autor dos crimes. Suas peculiares características, como uma unha quebrada e a ausência de dentes superiores forem descritas pela vítima a policiais, que, com estes subsídios o identificaram, sendo posteriormente confirmado o reconhecimento, sem sombra de dúvidas pela menor. (...)"

Restam claros, ao conjunto probatório, os indícios mais que suficientes da materialidade e autoria do fato criminoso pelo ora apelante. A decisão prolatada pelo magistrado *a quo* há de restar irreprochável, sob pena de sobrepujar os interesses públicos, de ver condenados os infratores nos termos legais.

No caso em tela, faz-se necessária a alteração do regime de cumprimento da pena estipulado pelo juízo *a quo*, pois vai de encontro a consolidada jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, que em histórico julgamento do *Habeas Corpus* de número 82.959 do Estado de São Paulo declarou inconstitucional o art. 2º, §1º, da Lei 8072/90, esta que teve seu texto alterado pela Lei 11.464, em prol do princípio da ressocialização do preso, fulcrado no artigo 5º, inciso XLVI da Constituição Federal.

> PENA – REGIME DE CUMPRIMENTO – PROGRESSÃO – RAZÃO DE SER. A progressão no regime de cumprimento da pena, nas espécies fechado, semi-aberto e aberto, tem como razão maior a ressocialização do preso que, mais dia ou menos dia, voltará ao convívio social. PENA – CRIMES HEDIONDOS – REGIME DE CUMPRIMENTO – PROGRESSÃO – ÓBICE – ARTIGO 2º, § 1º, DA LEI Nº 8.072/90 – INCONSTITUCIONALIDADE – EVOLUÇÃO JURISPRUDENCIAL. Conflita com a garantia da individualização da pena – artigo 5º, inciso XLVI, da Constituição Federal – a imposição, mediante norma, do cumprimento da pena em regime integralmente fechado. Nova inteligência do princípio da individualização da pena, em evolução jurisprudencial, assentada a inconstitucionalidade do artigo 2º, § 1º, da Lei nº 8.072/90. (HC 82959/SP. Rel. Min. Marco Aurélio. Julgamento em 23/02/2006. DJ 01-09-2006).

Isso posto, nega-se provimento ao recurso de apelação, mantendo-se *in totum* a sentença guerreada, em consonância com o parecer da ínclita Procuradora de Justiça. Altera-se *ex oficio* o regime prisional de integralmente fechado para inicialmente fechado, em conformidade com o consolidado entendimento do Supremo Tribunal Federal.

É como voto.

Fortaleza, 28 de novembro de 2011.

PROCESSO N°: 26972-29.2004.8.06.0000/1
TIPO DE PROCESSO: APELAÇÃO
COMARCA: FORTALEZA/CE
JUÍZO ORIGINÁRIO: JUÍZO DE DIREITO DA 6ª VARA DO JÚRI DA COMARCA DE FORTALEZA/CE
APELANTE: EVÍLSON PINTO PEREIRA
APELADO: JUSTIÇA PÚBLICA
RELATORA: DESA. FRANCISCA ADELINEIDE VIANA

EMENTA: APELAÇÃO. PENAL. PROCESSO PENAL. ART. 121, §2º, I, III, IV, E ART. 133, §3º, II, AMBOS DO CPB. 1. RECURSO NOS TERMOS DO ART. 593, III, "D", DA LEI ADJETIVA – EXISTÊNCIA DE DUAS VERSÕES EXTRAÍDAS DO CONTEXTO DOS AUTOS – MANUTENÇÃO DA TESE ACOLHIDA PELO CONSELHO DE SENTENÇA. PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA SOBERANIA DOS VEREDITOS. IMPOSSIBILITADA, ASSIM, A SUBMISSÃO DO RÉU A NOVO JÚRI POPULAR. 2. ERRO QUANTO À ESPÉCIE E AO *QUANTUM* DA PENA FIXADA NO LIMITE MÁXIMO PARA O SEGUNDO CRIME. MODIFICAÇÃO *EX OFFICIO* PARA ADEQUAÇÃO AO TEXTO DA LEI E REDIMENSIONAMENTO – INTELIGÊNCIA DO ART.59 DO CPB. 3. INCONSTITUCIONALIDADE QUANTO AO REGIME PRISIONAL. MODIFICAÇÃO *EX OFFICIO* PARA PERMITIR PROGRESSÃO DE REGIME. SÚMULA VINCULANTE Nº 26 DO STF. Ordem denegada. Modificação *ex officio* de uma das penas impostas e concedido o direito à progressão de regime.

1. A alegação de que a decisão do Conselho de Sentença se apresenta manifestamente contrária à prova dos autos exige inconteste e irrefutável contrariedade entre seu teor e o contexto probatório.

2. *In casu*, observa-se a presença de duas teses ofertadas, a ministerial e a apresentada pela Defesa, não podendo o Órgão *ad quem* substituir-se ao Conselho de Sentença para julgar qual delas deve ser acolhida, sob pena de suprimir-se do Tribunal do Júri a competência originária que lhe é conferida constitucionalmente, cujas decisões se encontram sob o manto inafastável da soberania dos vereditos, motivo pelo qual deve

ser mantida por seus fundamentos.
3. Verificado que imposta ao réu, em razão do crime de abandono de incapaz, pena de espécie diversa da prevista em lei, em *quantum* excessivo, impõe-se a sua adequação e o seu redimensionamento.
4. 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.
5. Recurso denegado, porém operada, *ex officio*, a modificação da espécie e do *quantum* da pena cominada para o crime de abandono de incapaz, bem como modificado *ex officio* o regime de cumprimento da pena imposta ao réu em razão do crime de homicídio qualificado 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 apelação nº 26972-29.2004.8.06.0000/1, em que foi interposta apelação pela Defesa contra sentença proferida no Juízo da 6ª Vara do Júri da Comarca de Fortaleza, em que figura como apelante EVÍLSON PINTO PEREIRA.

ACORDAM os Desembargadores integrantes da 2ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, por unanimidade, em negar provimento ao recurso de apelação, quanto aos motivos justificados no apelo, por não vislumbrar manifesta contrariedade entre a sentença e a prova dos autos. Outrossim, acordam em proceder, *ex officio,* à modificação da pena decorrente do crime de abandono de incapaz, impondo, dessa forma, ao apelante o cumprimento da pena de 15 (quinze) anos de reclusão em regime inicialmente fechado em razão do crime de homicídio, cumulada à pena de 02(dois) anos de detenção em regime inicialmente semiaberto, em razão do crime de abandono de incapaz, permitindo-lhe a progressão de regime, adequando-a à nova disposição legal, com aplicação do requisito temporal constante no art. 112 da Lei de Execuções Penais, sem prejuízo do disposto no art. 33 do Código Penal Brasileiro, em consonância com o voto da eminente Relatora.

RELATÓRIO

O Ministério Público denunciou EVÍLSON PINTO PEREIRA pela prática de crime previsto no art. 121, §2º, incisos I, III e IV, c/c o art. 133, §3º, inciso II, todos do Código Penal Brasileiro.

Está narrado na denúncia que:

> Na madrugada do dia 11 de dezembro de 2003, o denunciado abandona sua filha Linda Emilly Barbosa Pereira à porta de casa desconhecida na cidade de Natal-RN, logo após, no dia 12 do mesmo mês, o perverso acusado atira gasolina e fogo na mãe de sua filha, Maria Rosângela Barbosa, provocando a morte desta, como prova o laudo de exame cadavérico de fls. 47.

Inquérito policial iniciado por portaria.

A peça exordial de delação foi recebida em 05/04/2004 (fls.292/294). No azo, foi decretada a prisão preventiva do réu.

Comparecendo em Juízo, o acusado foi qualificado e interrogado (fls. 313/320), ocasião em que negou a autoria delitiva.

Defesa preliminar constante às fls. 321/322.

Instrução criminal realizada com a oitiva de 07(sete) testemunhas elencadas pela Promotoria de Justiça (fls.361/367, 368/369, 370/372, 373/375, 376/378, 379/381, 382/384 e 410/411), de 02 (duas) declarantes (fls.439/441 e 442/443) de 01 (uma) informante (fls. 412/414), de 05 (cinco) testemunhas arroladas pela Defesa (fls. 415/417, 418/420, 421/423, 424/427 e 455/456).

Em sede de alegações finais, o Ministério Público (fls. 457/461) requereu a procedência da denúncia, e, para tanto, a pronúncia do acusado a fim de ser submetido a julgamento pelo Tribunal do Júri. A Defesa, por seu turno, às fls. 462/471, postulou por sua impronúncia, bem como pelo deferimento do pedido de revogação da prisão preventiva.

Sentença de pronúncia (fls. 479/487), através da qual se determinou que o acusado fosse submetido a julgamento pelo Tribunal do Júri como incurso nas sanções do artigo 121, §2º, incisos I, III e IV, c/c o art. 133, §3º, inciso II, todos do Código Penal Brasileiro, bem como se indeferiu o pleito de revogação de custódia cautelar.

Impetrado *habeas corpus* perante esta Egrégia Corte de Justiça (fls. 489/493) e apresentadas as pertinentes informações pela autoridade dita coatora (fls. 499/500), foi a ordem denegada, consoante ofício de fl. 529.

Interposto recurso em sentido estrito pelo representante jurídico do acusado (fls. 505/516), pleiteando a impronúncia do réu, bem como o deferimento do pedido de revogação de prisão preventiva. Contrarrazões acostadas às fls.517/523, pelas quais o Ministério Público propugnou pelo conhecimento do recurso, mas para se lhe negar provimento. Conclusos os autos ao Juiz *a quo*, manteve a decisão guerreada, remetendo

os autos a esta Corte, para apreciação e julgamento. Com vista, a douta Procuradoria de Justiça, emitiu parecer de fls. 535/542, pelo não conhecimento do recurso e, no mérito, pelo seu improvimento. A Câmara, por unanimidade, não tomou conhecimento do pedido, ante ao reconhecimento de sua intempestividade, nos termos do acórdão de fls. 559/560.

Libelo acusatório constante às fls. 580/581. Contrariedade acostada às fls. 591/592.

Sessão do Júri regularmente instalada e com trâmite normal, consoante se observa às fls. 641/643.

Sentença (fls. 639/640) pela qual, com base na decisão soberana do Conselho de Sentença, foi o réu condenado à pena de 19 (dezenove) anos de reclusão, em regime integralmente fechado, por infração ao art. 121, §2º, incisos I, III e IV, e art. 133, §3º, inciso II, todos do Código Penal Brasileiro.

Inconformada, a Defesa manifestou o desejo de recorrer da sentença em audiência, nos termos do art. 593, inciso III, alínea "d", do CPP (fl.643), bem como por meio de petição (fl. 645). Oferecidas as razões recursais no prazo legal (fls. 654/662), ocasião na qual se pugnou por novo julgamento, argumentando-se que a decisão prolatada pelo Conselho de Sentença seria manifestamente contrária à prova dos autos. Por seu turno, o ilustre membro do Ministério Público rogou, em sede de contrarrazões, pelo conhecimento do apelo, porém para se lhe negar provimento, mantendo-se a decisão vergastada, por representar a mais vocacionada justiça (fls. 663/668).

Em parecer de fls. 676/678, a douta Procuradoria de Justiça mostrou-se favorável ao conhecimento do recurso de apelação, também para se lhe negar provimento, preservando-se a decisão do Tribunal Popular que condenou o recorrente pelo crime de homicídio doloso e abandono de incapaz.

Às fls. 688/690, a Defensoria Pública, em sede de Mutirão Carcerário, juntou arrazoado com a finalidade de sugerir a imediata concessão de *habeas corpus*, de ofício, em virtude da pretensa omissão/carência de fundamentação na decisão monocrática que não concedeu ao réu o direito de apelar em liberdade; ou o relaxamento da prisão do apelante, face ao alegado excesso de prazo da prisão cautelar. Opinou a Procuradoria de Justiça pelo indeferimento do pleito, sugerindo, porém, a inclusão do processo em pauta para pronto julgamento do recurso. Manifestou-se, ainda, pela possibilidade de progressão de regime, mediante requerimento ajuizado pelo réu em face do Juízo de Execuções, uma vez processada a decisão definitiva e em sendo o caso (fls. 692/694). Em decisão de fls. 695/699, o Desembargador Relator rejeitou a recomendação da Defensoria Pública Geral do Estado, determinando, contudo, a expedição de Carta de Guia Provisória, diligência esta já levada a efeito, conforme se verifica à fl. 696.

É o relatório.

VOTO

Presentes os requisitos de admissibilidade do recurso, conheço a apelação criminal ora posta em mesa.

Trata-se de recurso ofertado pela Defesa contra sentença proferida pela qual restou condenado Evílson Pinto Pereira nas sanções do art.121, §2º, I, III e IV, e art. 133, §3º, II, do Código Penal Brasileiro, crime de homicídio de que restou vítima Maria Rosângela Barbosa, e de abandono de incapaz, por este vitimada Linda Emilly Barbosa Pereira.

Em síntese, alega o recorrente que a decisão proferida, o foi em contrariedade à prova dos autos, alegação que não merece guarida. Explico.

O Conselho de Sentença condenou o acusado baseado na prova colhida por ocasião da instrução criminal, em conjunto com o complexo indiciário, pela qual se depreende que o acusado atuou com mentiras por ocasião do contato telefônico mantido pela mãe da vítima consigo, quando afirmou que o último contato que havia feito com Rosângela - vítima do homicídio, tinha ocorrido em novembro de 2003, o que se percebe facilmente pelo relatório apresentado pela companhia de telefonia, constante às fls. 211/213. Por outro lado, as testemunhas ouvidas em sede de procedimento policial, confirmaram em Juízo haverem tomado conhecimento, através da própria vítima, de que ela viria a Fortaleza para entregar a guarda da filha Linda Emily ao pai da criança, no caso o acusado. Esse fato foi relatado, inclusive, pela testemunha José Víctor da Silva Neto(fls. 361/367), pessoa na residência de quem a vítima Rosângela se hospedava, inclusive com sua filha, quando vinham a Fortaleza. Na época dos crimes, não foi diferente: a vítima Rosângela esteve na casa do amigo, com a filha, e de lá, segundo lhe informou, saiu para encontro com o acusado, não havendo retornado e nem sendo vista desde então, apenas sendo encontrado seu corpo carbonizado. Some-se a isso o fato da prova colhida quanto às afirmações da criança, Linda Emily, encontrada pela Srª Geneide Sena, perambulando sozinha pelas ruas de Natal/RN, a qual informou que fora deixada ali, na rua, por seu genitor, o qual prometera retornar para buscá-la. Esses fatos, repito, coletados em sede de procedimento policial e em Juízo, foram acolhidos pelo Conselho de Sentença para condenar o réu nos termos acima delineados. Ademais, a única prova que o réu trouxe a Juízo foi a de que esteve na noite véspera do crime com a testemunha Maria do Rosário Pereira Batista, em um bar, isso por volta das 21:00 horas, tendo permanecido até 23:30 horas(fls.418/420). Esse álibi apontado se demonstra evasivo, vez que o fato de haver estado o réu com a referida testemunha não o impediria de praticar o crime, tendo em vista que a própria testemunha relatou que esteve com o réu até por volta das 23:00 horas e a vítima foi encontrada morta na madrugada do dia seguinte. Ademais, a testemunha relata não se recordar de lugares e datas sobre os quais foi indagada na oportunidade, no entanto, sem maiores justificativas, recordava-se do dia e da hora em que esteve com o acusado no referido bar, do qual, inclusive não se recorda do nome. Observo, ainda, que o álibi apontado pela Defesa não foi corroborado

pelo próprio réu, o qual declarou perante a autoridade policial que no dia 12 de dezembro de 2003 esteve na aula, tendo saído do curso por volta das 22:00 horas, e seguido direto para sua residência. Na ocasião, disse, mais, que não podia indicar colegas do cursinho que atestassem sobre sua ida à aula na noite véspera do crime, porque não conhece qualquer de seus colegas, apenas sua esposa poderia confirmar que se encontrava em casa na referida madrugada. Ressalto que sua esposa não foi oitivada, para corroborar a versão apresentada pelo réu. Ressalto, ainda, que a referida testemunha, Maria do Rosário Pereira Batista não foi mencionada pelo réu no interrogatório realizado na fase policial, apesar de ser o único álibi acerca de sua inocência. Em Juízo, afirmou que na véspera do crime, esteve dando aula particular a uma aluna, da qual não informou o nome, mas informou que era da Av. Expedicionários, ou seja, reportou-se a ela de forma superficial, sem informar acerca de maiores detalhes por que pudesse ser identificada.

Ademais, após o cotejo dos autos, verifico a existência de duas versões apresentadas ao Conselho de Sentença, que se houve por acolher a tese do Ministério Público o que, *in casu*, não se demonstra como ato de proferir-se sentença em contrariedade à prova existente nos autos, pelos motivos ora indicados, não havendo prova inconteste da inocência do réu a permitir a reforma da decisão do Conselho de Sentença, decisão essa proferida sobre o manto do princípio da soberania dos veredictos.

Sobre esse tema - soberania dos veredictos e apelação motivada por decisão manifestamente contrária à prova dos autos, colaciono lição de Guilherme de Souza Nucci, *in* Júri – Princípios Constitucionais, Ed. Juarez de Oliveira, Ed. 1ª. – 1999, p. 97, *in verbis*:

> "A quarta alternativa, no entanto, levanta uma polêmica consistente, pois permite, de algum modo, que o Tribunal Superior questione o mérito do veredicto proferido pelo júri. Seria inconstitucional tal dispositivo? Como já foi ressaltado, não há problema algum em submeter qualquer decisão de órgão judiciário ao crivo do duplo grau de jurisdição. Assim, sendo possível que os jurados cometam erros, porque não avaliaram corretamente a prova a eles apresentada, a apelação tem cabimento para permitir ao Tribunal rever o que foi decidido. Por ora, nenhuma ofensa estaria, a princípio, presente nessa reavaliação.
>
> Ocorre que o legislador ordinário utilizou o termo "manifestamente" para evidenciar quando a decisão dos jurados entra em confronto com a prova dos autos. Não é qualquer situação que autoriza o provimento da apelação, sendo preciso um veredicto notoriamente, gritantemente, patentemente, contrário à prova colhida e constante dos autos.
>
> Diz Ary Azevedo Franco: "Manifestamente... Nunca um vocábulo teve maior precisão, maior indubitabilidade no seu sentido. Assim como nunca a significação usual se ajustou mais rigorosamente à sua significação jurídica. *Manifesto*, segundo Cândido Figueiredo, é sinônimo de patente, público, evidente. E Domingos Vieira afirma 'o que é manifesto é evidente para todos' (*Dic*., vol. IV, pág. 103). Que se poderá entender por manifesto, por evidente, senão aquilo que se impõe à percepção de todos, que todos

> vêem necessariamente, e sobre o que não é admissível, em sã consciência, a possibilidade de afirmações díspares?"
> Não bastasse a prudência legislativa para não deturpar a função do júri, autorizando somente a revisão daquilo que foi evidentemente equivocado, buscando sanar injustiças, atualmente a Constituição Federal elegeu como princípio-garantia do tribunal popular a soberania dos seus veredictos.
> Nesse sentido, está correta a observação feita por Frederico Marques de que soberania não exige o respeito a um só veredicto, ou seja, não se impõe a submissão ao primeiro veredicto proferido pelo júri. O importante é que o tribunal popular dê a última palavra quanto ao mérito dos casos envolvendo crimes dolosos contra a vida.
> Longe de ser prejudicial, é medida salutar submeter as decisões de qualquer tribunal ao crivo do duplo grau de jurisdição. E, a princípio, a soberania está assegurada, pois o §3º, do art. 593, do CPP preceitua que "se a apelação se fundar no n. 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.
> A situação é teoricamente perfeita. Uma decisão manifestamente injusta pode ser revista pelo Tribunal do Júri, bastando que, para isso, o Tribunal Superior dê provimento à apelação. Será, então, o mesmo órgão julgador, naturalmente com outra composição (art. 607, §3º, do Código de processo Penal, e Súmula 206 do Supremo Tribunal Federal), que irá reavaliar o que fez, mantendo ou não o veredicto. Existindo erro crasso, certamente no interesse da justiça, o júri, novamente reunido, reformará a decisão anterior.
> Há dois problemas, no entanto, que podem ferir a soberania do júri, embora de modo camuflado. O primeiro ocorre quando o Tribunal Superior, apreciando apelação interposta por uma das partes, entende que, apesar de encontrar alguma sintonia com a prova dos autos, não tomou o júri a melhor postura que o caso exigiria, no seu entender (do órgão *ad quem*), e resolve dar provimento ao recurso para remeter a novo julgamento o réu. Trata-se de patente ofensa ao princípio da soberania dos veredictos, pois não lhe cabe reavaliar o mérito, imprimindo a sua opinião a respeito da decisão e sim verificar se esta tem ou não algum fundamento nas provas – e não o "melhor" fundamento. Não se deve esperar do júri que siga a jurisprudência dominante ou a orientação desta ou daquela Câmara do Tribunal Superior; aguarda-se do tribunal popular um veredicto que tenha alguma guarida na prova dos autos e nada mais. Ensina Ary Azevedo Franco que "a reforma da decisão do Júri só se justifica quando o Tribunal de Apelação, apreciando-a com a mentalidade de jurado, e como tal deve ser entendida a expressão – livremente – isto é, sem as peias de juiz de ofício, que se habitua a ver as provas com rigor de técnica, chegar à conclusão de que a mesma nenhum apoio encontra na prova, ou seja, que ela foi manifestamente contrária às provas dos autos, e não apenas contrária às provas dos autos, em uma palavra: o desembargador deve revestir-se de mentalidade de jurado e não exigir que o jurado se revista de mentalidade de desembargador...".

Dessa forma, por não verificar que a condenação do réu se encontra desamparada da prova existente nos autos, não há como se acolher o pedido de reforma

da decisão no sentido de ser o réu submetido a novo júri popular.

Escrevendo sobre a matéria, também a lição de Heráclito Mossin, *in* Júri, Crimes e Processo – Ed. Forense, 3ª. Ed. p.451, *in verbis*:

> "Por outro lado, se existe prova a favor e contra relativamente a alguma das teses defendidas no plenário pelas partes, o jurado, dentro de seu livre convencimento, pode eleger a posição que melhor lhe aprouver. Isso, ocorrendo, à luz da evidência, não se pode exortar tenha tido julgamento oposto à evidência do acervo probatório.
> Didaticamente pode ser citado um exemplo: há versão no sentido de que o réu matou a vítima em legítima defesa; enquanto que noutro quadrante da prova ficou patenteado que o acusado ceifou a vida da vítima de emboscada. Assim, na ampla soberania do júri, o colegiado popular pode condenar o acusado por homicídio qualificado ou absolvê-lo.
> Convém advertir que o julgamento feito nessas condições está embasado no princípio da persuasão racional, consagrado no art. 155 do Código de Processo Penal, em que o juiz formará sua convicção pela livre apreciação da prova, o que lhe permite optar por uma das versões apresentadas no bojo dos autos. O que basta para não macular o princípio, é que o magistrado julgue em conformidade com as provas elencadas no correr da instrução probatória. Esse princípio, à eloquência, também se aplica no processo penal do júri.
> No quadrante sob dissertação, a jurisprudência se manifesta, de forma iterativa, no sentido da opção pelos jurados por uma das versões encontradas nos autos."

Nesse diapasão, colaciono jurisprudência do Egrégio Superior Tribunal de Justiça:

> STJ**:** EMENTA: PROCESSUAL PENAL. AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO EXTRAORDINÁRIO. DECISÃO AGRAVADA. AUSÊNCIA DE IMPUGNAÇÃO. SÚMULA 283/STF. JÚRI. DECISÃO CONTRÁRIA À PROVA DOS AUTOS. INOCORRÊNCIA. VERSÃO EXTRAÍVEL DO CONJUNTO PROBATÓRIO. SOBERANIA DOS VEREDICTOS. VIOLAÇÃO. MATÉRIA DE DIREITO.
> 1. A ausência de impugnação, nas razões do agravo, de todos os fundamentos da decisão agravada, atrai a incidência da Súmula 283/STF, aplicável ante a máxima hermenêutica *ubi eadem ratio, ibi eadem legis dispositivo*: onde existe a mesma razão fundamental, prevalece a mesma regra de Direito. Precedentes. 2. *In casu*, os agravantes, ao argumentarem exclusivamente com a aplicação da Súmula 279/STF, deixaram de afastar especificamente todos os fundamentos da decisão agravada, notadamente o que tratou da existência de versão dos fatos, extraível do conjunto probatório, à qual o Júri aderiu**.**
> 3. A conclusão do Júri, quando não totalmente dissociada das provas dos autos, posto configurar uma das versões extraíveis do conjunto probatório, não implica sua anulação, sob pena de desrespeito à soberania dos veredictos insculpida na Constituição Federal (art. 5º, inciso XXXVIII,

> letra "c"). Precedentes: HC 83961/MS Rel. Min. JOAQUIM BARBOSA, J. 9/03/2004, 2ªTurma; HC 83838/MG, Rel. Min. ELLEN GRACIE, J. 02/03/2004 2ªTurma; HC 82447/RJ, Rel. Min. MAURÍCIO CORRÊA, J. 20/05/2003 2ª Turma; HC 74562/SP, Rel. Min. ILMAR GALVÃO, J. 22/10/1996, 1ª Turma.
> 4. Deveras, no acórdão impugnado mediante o extraordinário consta que o Júri acolheu versão decorrente de prova testemunhal colhida sob o manto do contraditório.
> 5. O Relator, na decisão agravada, apreciou o tema jurídico consoante o quadro fático delineado na origem, o que não se confunde com o reexame de provas – afasta-se a Súmula 279/STF. Precedentes: RE 469632/PA, rel. Min. Marco Aurélio, j. 2/12/2008, 1ª Turma; AI 147120 AgR, rel. Min. Marco Aurélio, j. 18/05/1993, 2ª Turma.
> 6. Agravo regimental desprovido. (RE 594104 AgR-AgR/MT. Rel.Min. LUIZ FUX. Primeira Turma. Julgamento:03/05/2011)(grifo nosso).

Outrossim, apesar de entender que não há motivo para remeter o réu a novo julgamento pelo Conselho de Sentença, verifico, quanto às sanções impostas, que a decorrente do crime previsto no art.133, §3º, II, do Código Penal Brasileiro se demonstra inadequada, inclusive desproporcional à conduta neste processo repreendida, devendo ser redimensionada.

Inadequada, porque a pena privativa de liberdade prevista para a conduta indicada no referido tipo penal é de detenção e não reclusão. Isso importa a aplicação inafastável da norma proibitiva de somarem-se penas de espécies diversas, o que não foi observado pelo Magistrado *a quo* quando impôs ao réu sanção totalizada em dezenove anos de reclusão – quinze anos pelo homicídio triplamente qualificado e quatro anos pelo crime de abandono de incapaz majorado. Dessa proibição decorre a obrigação desta Corte em reconhecer a inapropriada unificação das penas promovidas na r. sentença, para exigir sejam cumpridas de forma isolada: primeiro a pena de reclusão e depois, a pena de detenção, nos termos do art.69, *caput,* do Código Penal Brasileiro, *in verbis*:

> Concurso material
> Art. 69 - Quando o agente, mediante mais de uma ação ou omissão, pratica dois ou mais crimes, idênticos ou não, aplicam-se cumulativamente as penas privativas de liberdade em que haja incorrido. No caso de aplicação cumulativa de penas de reclusão e de detenção, executa-se primeiro aquela. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)(**grifo nosso**)

Prosseguindo, referi-me ao desproporcional *quantum* da pena imposto em razão desse mesmo crime, porquanto aplicada no limite máximo previsto em lei, desproporcional, se observado que fundamentada sobretudo na idade da criança abandonada. Oportuno colacionar o texto da lei:

> Abandono de incapaz
> Art. 133 - Abandonar pessoa que está sob seu cuidado, guarda, vigilância

> ou autoridade, e, por qualquer motivo, incapaz de defender-se dos riscos resultantes do abandono:
> Pena - detenção, de seis meses a três anos.
> § 1º - Se do abandono resulta lesão corporal de natureza grave:
> Pena - reclusão, de um a cinco anos.
> § 2º - Se resulta a morte:
> Pena - reclusão, de quatro a doze anos.
>
> **Aumento de pena**
> § 3º - As penas cominadas neste artigo aumentam-se de um terço:
> I - se o abandono ocorre em lugar ermo;
> II - se o agente é ascendente ou descendente, cônjuge, irmão, tutor ou curador da vítima.
> III - se a vítima é maior de 60 (sessenta) anos (Incluído pela Lei nº 10.741, de 2003) **(grifos nossos)**

Assim, observo, de plano, que não tanto justificadas as circunstâncias judiciais aferidas quanto ao crime de abandono de incapaz, não há como se manter a sanção imposta no Juízo de origem. No entanto, da leitura dos autos, vislumbro, quanto a este crime, que, além da pouca idade da criança, o motivo por que o crime foi cometido é horrendo(abandono da filha e sucessiva morte da genitora pelo mesmo agente), observadas, ainda, as consequências desse crime, que impuseram à criança traumas, tendo em vista que foi localizada na cidade de Natal/RN no dia 10 de dezembro de 2003 e somente teve autorização para desabrigamento em 02 de janeiro de 2004, quando foi autorizada a retornar daquela cidade, na companhia da delegada responsável pelo caso em Fortaleza, quando então retornou ao convívio familiar, já ausente sua genitora. Essas circunstâncias demonstram-se repugnantes, mas que não permitem que se imponha o cumprimento réu ao cumprimento da pena em tempo máximo cominado em lei, porquanto a fixação da pena depende da equação de todas as circunstâncias previstas no art. 59 do Código Penal Brasileiro que, segundo os autos, não analisadas na sentença a conduta social, a personalidade do agente, tampouco seus antecedentes. Dessa forma, considerando os termos do art. 59 do Código Penal Brasileiro, impõe-se a modificação da sanção imposta pelo Magistrado *a quo* para fixá-la em 01(um) ano e 09(nove) meses de detenção, majorada nos termos do art. 133, §3º, II, em 07(sete) meses, em razão de o agente ser genitor da vítima, totalizando-a, assim, em 02(dois) anos e 04(quatro) meses de detenção, a ser cumprida em regime semiaberto, observados os termos do art. 33, §2º e 3º, c/c art. 59, todos do Código Penal Brasileiro.

Ressalto, por oportuno, o entendimento de nossos Tribunais Superiores quanto a essa matéria:

> **STF: "**Ao proceder à individualização da pena, o Juiz, após aferir um leque de circunstâncias de natureza subjetiva – culpabilidade, antecedentes, conduta social e personalidade do agente – e de natureza objetiva – motivos, circunstâncias e consequências do crime -, fixará aquela aplicável dentre as

> cominadas, em quantidade que for necessária e suficiente para a reprovação e prevenção do delito, definindo, a seguir, o regime inicial de cumprimento da pena, a qual não deve ser excessiva, nem demasiadamente branda, mas justa, adequada e idônea, em qualidade e quantidade suficientes para reprimir a prática da infração e promover a tutela da sociedade"(RT 732/605);
>
> **TJBA:** "Para a fixação da pena-base em *quantum* bem acima do mínimo legal, deve o juiz fundamentar, pormenorizadamente, sua decisão, de molde a demonstrar que as circunstâncias judiciais previstas no art. 59 do CP são totalmente desfavoráveis ao réu"(RT771/643);
>
> **TARS:** "Favoráveis, em sua maioria, as moduladoras do art.59 do CP, ao agente, deve o apenamento básico aproximar-se do mínimo legal, impondo-se, em se cuidando de injustificável exacerbação, seu redimensionamento. Apelação provida em parte, reduzindo-se a pena privativa de liberdade"(JTAERGS 104/64);
>
> **TACRSP:** "O princípio da proporcionalidade da pena exige que a valoração da ação e a sanção sejam proporcionais e que haja equilíbrio entre a prevenção geral e a especial para o comportamento do agente que vai ser submetido à sanção penal"(RT820/306).

Por fim, verifico que também se demonstra 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 consonância com o parecer da douta Procuradoria Geral de Justiça, nego provimento ao recurso, mantendo incólume a r. sentença quanto aos motivos justificados no apelo, por não vislumbrar manifesta contrariedade entre referida decisão e a prova dos autos. Outrossim, procedo, *ex officio,* à modificação da pena decorrente do crime de abandono de incapaz, impondo, dessa forma, ao apelante cumprir a pena de 15 (quinze) anos de reclusão em regime inicialmente fechado em razão do crime de homicídio, cumulada à pena de 02 (dois) anos e 04 (quatro) meses de detenção em regime inicialmente semiaberto, pelo crime de abandono de incapaz, permitindo-lhe a progressão de regime, adequando-a, desta forma, à nova disposição legal, com aplicação do 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, 17 de agosto de 2011.

Nº 282-08.2002.8.06.0137/1
APELAÇÃO CRIME (de Pacatuba)
APELANTE: ADAÍLSON DE SOUSA ALVES
APELADA: JUSTIÇA PÚBLICA
RELATOR: DES. LUIZ GERARDO DE PONTES BRÍGIDO

-Apelação crime.
-Estupro e atentado violento ao pudor.
-A palavra da vítima apontando o réu como autor dos crimes, afinada, de envolta, com o laudo pericial e com a prova testemunhal, é o quanto basta para a manutenção da sentença condenatória, sobretudo porque ela, ofendida, descreveu com coerência e segurança os reiterados abusos sexuais sofridos.
-Improvimento.
-Unanimidade.

Vistos, relatados e discutidos os autos acima identificados.

1 – O apelante, sobrenomeado, recebeu 15 anos de reclusão por atentado violento ao pudor e estupro presumido, em continuidade delitiva, na pessoa de sua enteada Josiane Amorim Gomes, segundo a denúncia, vítima de abuso sexual iniciado quando ela tinha 6 anos de idade. Alega o recorrente, em síntese, que é inocente e faltam provas para o pesado juízo de censura penal, pelo que pede a reforma da sentença, do que discorda a promotoria nas contra-razões, nas quais critica incisivamente a pretensão recursal. A PGJ é pelo improvimento do apelo, assim relatado in tribus verbis.

É o relatório.

2 – Apelação explicável pelo prisma, só e só, do direito de espernear.

Das declarações de Josiane Amorim Gomes, extrai-se que desde os seus seis anos de idade ela vem sendo alvo da lascívia incontida e doentia do apelante, seu padrasto. Primeiro foram apalpadelas e carícias nas partes pudendas da pequena menina, para, algum tempo depois, ter início o coito anal e, por fim, a penetração vaginal, quando a vítima já estava com quinze anos de idade. Os crimes só vieram à tona, em face da mãe da vítima ter flagrado o acusado, no dia 17 de outubro de 2002, acariciando a adolescente, tendo esta narrado para a genitora todos anos de abuso sofridos nas mãos do apelante que, costumeiramente, a ameaçava de morte.

Em audiência na apuração judiciária, como já havia feito no inquérito, Josiane Amorim Gomes narrou os delitos e reconheceu, com firmeza e destemor, o

acusado como autor dos seguidos abusos sexuais por ela sofridos, declarações, aliás, que estão perfeitamente articuladas com dois outros importantes segmentos da prova judicializada: o resultado da perícia, que atestou roturas himenais, bem como o testemunho da mãe da vítima e de uma vizinha que também viu o acusado acariciando Josiane.

In casu, a palavra da ofendida assume preponderante importância, por ser a principal prova de que dispõe a acusação para demonstrar a responsabilidade do acusado, a qual aliada à prova testemunhal perfaz conjunto válido à condenação. Daí porque,

> **"se o relato dos fatos pela vítima é seguro, coerente e harmônico com o conjunto dos autos, deve, sem dúvida, prevalecer sobre a teimosa e isolada inadmissão de responsabilidade do réu"** (RT vol. 671, p. 305-6).

Imperativo, em conclusão, o desprovimento da insurgência.

3 – Nessas condições, ACORDA A 1ª CÂMARA CRIMINAL do TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO CEARÁ**,** à unanimidade, em negar provimento ao apelo, mantida a sentença invectivada.

Fortaleza, CE, 18 de março de 2008.

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: MINISTÉRAPELADO: 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 que 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 à 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. É 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 outra 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 respostado, 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: 361-93.2007.8.06.0045/1
APELAÇÃO CRIMINAL: COMARCA DE BARRO
APELANTE: JOSÉ BONIFÁCIO CABRAL DE ALMEIDA
APELADO: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO CEARÁ
RELATOR: DES. HAROLDO CORREIA DE OLIVEIRA MÁXIMO

EMENTA:
RECURSO DE APELAÇÃO. CRIME DE PORTE ILEGAL DE ARMA DE FOGO DE USO PERMITIDO. ART. 14, DA LEI Nº 10.826/03. PACIENTE CONDENADO A DOIS ANOS E TRÊS MESES DE RECLUSÃO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. POSSIBILIDADE. PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS DISPOSTOS NO ART. 44 DO CÓDIGO PENAL. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO.
1 - Preenchidos os requisitos objetivos e subjetivos dispostos no art. 44 do Código Penal Brasileiro, não se mostrando as circunstâncias do delito mais ofensivas que as normais para o tipo, a substituição da pena constritiva de liberdade por outras restritivas de direito é medida que se impõe.
2 – Recurso conhecido e provido, em consonância com o parecer ministerial de cúpula.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de ação penal em que se interpõe apelação, ACORDAM os Desembargadores integrantes da Turma Julgadora da 2ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, por votação unânime, conhecer do apelo, para dar-lhe provimento, tudo em conformidade com o voto do Relator.

Fortaleza, CE, 31 de outubro de 2011.

RELATÓRIO

Trata-se de apelação interposta por JOSÉ BONIFÁCIO CABRAL DE ALMEIDA contra sentença que o condenou à pena de 2 (dois) anos e 3 (três) meses de reclusão, bem como ao pagamento de 20 (vinte) dias-multa, no valor unitário de 1/30 (um trigésimo) do salário mínimo, pela prática de porte ilegal de arma de fogo de uso permitido (art. 14 do Estatuto do Desarmamento).

Busca o apelante, em suma, a substituição da pena privativa de liberdade que lhe foi imposta, por outra restritiva de direitos, pois, segundo ele, preenche os requisitos necessários, estabelecidos no art. 44 da Código Penal, para alcançar a benesse legal. No mais, requer a detração dos 35 (trinta e cinco) dias em que ficou recolhido ao cárcere, por conta de sua prisão em flagrante.

Contrarrazões do Ministério Público às fls. 87/89 e 161, onde impugna as alegações do apelante e pede para que seja mantida a sentença recorrida.

Em parecer de fls. 163/165 a Procuradoria Geral de Justiça opina pelo provimento do recurso.

É o breve relato, com a remessa dos autos ao D.D. Revisor para os devidos fins.

VOTO

Feito o devido exame dos autos, há de se dizer, de logo, que o recurso foi interposto tempestivamente, sendo cabível na espécie, daí merecer o pretendido conhecimento.

Assim, uma vez apreciados os requisitos de admissibilidade, passo a analisar as razões recursais, verificando que o objetivo principal nelas contido é ver reconhecido o direito do acusado em ver substituída a pena privativa de liberdade que lhe foi imposta por outra restritiva de direitos, já que, segundo ele, encontram-se preenchidos os requisitos estabelecidos no art. 44 do Código Penal Brasileiro.

Tenho que a insurgência merece acolhimento.

O magistrado sentenciante, ao negar ao réu a substituição prevista no art. 44 do CP, assim se manifestou:

> "Deixo de substituir a pena privativa de liberdade ora aplicada, por pena restritiva de direito, por não satisfazer o réu aos requisitos subjetivos referenciados no art. 44, inciso III, do Código Penal." (fls. 83)

Referido dispositivo legal estabelece, *in verbis*:

> "Art. 44. As penas restritivas de direitos são autônomas e substituem as privativas de liberdade quando:
> (…)
> III – a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social, e a personalidade do condenado, bem como os motivos e as circunstâncias indicarem que essa substituição seja suficiente."

Da atenta leitura do dispositivo da sentença, ao que me parece, a razão que motivou o magistrado *a quo* a não proceder a pretendida substituição, até porque a negativa se deu, como se vê, de modo vago e genérico, baseou-se, principalmente, nos negativos antecedentes do recorrente.

Percebe-se, contudo, que a certidão a que faz alusão a sentença monocrática – certidão de fls. 53/54, que pretende dá conta dos antecedentes criminais do acusado, não se mostra como razão suficiente para negar ao sentenciado o direito à buscada substituição. Isso porque ali não se aponta ter sido o réu condenado de forma definitiva, por sentença que já tenha alcançado o trânsito em julgado, o que atestaria os maus antecedentes do apelante.

Demais disso, o fato atribuído ao réu, no meu sentir, não se reveste de intensa culpabilidade, inexistindo circunstâncias judiciais desfavoráveis que impeçam o pedido de substituição da pena, preenchidos os demais requisitos dispostos no art. 44, quais sejam: conduta sem violência ou grave ameaça, pena inferior a 4 (quatro) anos.

Sobre o ponto, assim se manifestou o *Parquet* Estadual em atuação no 2º grau:

> Inobstante, numa análise mais aprofundada das infrações anteriormente cometidas pelo Recorrente, percebe-se que se tratam, tão somente, de atos de menor potencialidade lesiva, que não vieram a ocasionar qualquer ofensa ou grave ameaça a outrem, razão pela qual entendo ser cabível ao caso a substituição da reprimenda privativa de liberdade pela restritiva de direitos por entendê-la como suficiente para os fins de aplicação da pena.
> É que diante da análise do caso concreto, verifico que o agente não estava a ameaçar qualquer pessoa no bar em que foi apreendido com a arma de sua propriedade.
> Ademais a reprovabilidade da conduta não pode ser tão intensa, porquanto embora o mesmo estivesse na posse de uma arma, o mesmo agiu cautelarmente, não permanecendo com a mesma em seu poder, já que pediu para o proprietário do bar guardá-la em lugar seguro, por trás do balcão.
> A personalidade do condenado não pode ser considerada como "voltada para a prática do crime", em razão dos seus "antecedentes criminais", pois, como dito acima, as infrações anteriormente praticadas não causaram qualquer ofensa direta ao patrimônio das pessoas (dirigir sem habilitação, praticar manzuá) fatos em que a reprimenda sócio-educativa já foi devidamente cumprida a mais de oito anos da data da atual sentença condenatória." (fls. 164/165)

Assim, entendo ser cabível a pretendida substituição, razão porque substituo a pena privativa de liberdade por duas *restritivas de direito* consistente em *prestação pecuniária* (art. 43, I do C.P.), e *prestação de serviços à comunidade ou a entidades públicas* (art. 43, IV do C.P.), no meu sentir as mais apropriadas ao caso.

Considerando o delito pelo qual o réu foi condenado – porte ilegal de arma de fogo de uso permitido – e sua insatisfatória condição econômica, tenho que o pagamento de 2 (dois) salários mínimos, a título de prestação pecuniária, à entidade pública, ou privada com destinação social, é o adequado à situação, devendo a designação da instituição a ser beneficiada ficar a cargo do Juízo da Comarca de Barro.

Ante o exposto, em consonância com o parecer da douta PGJ, dou

PROVIMENTO ao apelo, a fim de, mantida a condenação, assegurar ao Paciente a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, nos termos da fundamentação retro.

Fortaleza, CE, 31 de outubro de 2011 .

Habeas Corpus

Nº 44769-08.2010.8.06.0000/0
HABEAS CORPUS (de Fortaleza)
IMPETRANTE: MAURO JÚNIOR RIOS
PACIENTE: CLÁUDIO MÁRCIO MARTINS VASCONCELOS
IMPETRADA: JUÍZA DE DIREITO DA 2ª VARA CRIMINAL DE FORTALEZA
RELATOR: DES. LUIZ GERARDO DE PONTES BRÍGIDO

- Habeas corpus.
- A revogação da custódia ante tempus do co-réu, fulcrada em circunstâncias de caráter exclusivamente pessoal, não se estende ao paciente, de vez que ele, o coacto, não ostenta as mesmas condições subjetivas do beneficiado, ao reverso, é possuidor de extensa ficha criminal, inclusive, com reiteração de delitos contra o patrimônio, a revelar infrene inclinação à delinqüência.
- Uno consensu.

Vistos, relatados e discutidos os autos acima epigrafados.

1 – Co-denunciado por roubo qualificado, o paciente teve sua prisão preventiva decretada, em face do que vem o impetrante com rogo da soltura dele, coacto, pedir a extensão do benefício da liberdade provisória concedido ao co-réu Daniel Almeida Costa.

Liminar indeferida.

Com informações e parecer da PGJ pela denegação da ordem.

É o relatório.

2 – Na manhã de 22 de fevereiro de 2008, defronte à loja "Vitória Variedades", na Alameda Maria Tereza, Cidade 2000, Francisca Leuza Braga foi rendida por Cláudio Márcio Martins Vasconcelos, mediante ameaça exercida com arma de fogo e violência, sendo constrangida a entrar em seu veículo Corola, onde recebeu uma "gravata" do co-réu Daniel Almeida Costa. Apavorada, a vítima, valendo-se de um descuido dos meliantes, saltou do veículo, sofrendo várias escoriações. Além do carro, os assaltantes subtraíram aproximadamente R$ 200.000,00 em jóias, a quantia de R$ 1.200,00, um aparelho celular e documentos diversos.

No correr da instrução, a judicante concedeu a liberdade provisória ao co-denunciado Daniel Almeida Costa, por não persistirem, em relação a ele, primário e de bons antecedentes, os motivos determinantes da custódia ante tempus, situação dessemelhante da apresentada pelo paciente, que *"possui diversas outras ações penais por crimes da mesma natureza"* (fl. s. 21).

O benefício concedido considerou, a curto se infere, condições personalíssimas do co-denunciado. **"E o legislador processual penal"**, esclarece HERÁCLITO ANTÔNIO MOSSIM,

> **"é bastante enfático em exortar que se a reforma da decisão levada a efeito no juízo de reexame for de caráter exclusivamente pessoal não aproveitará aos demais co-réus"** (v. Recursos em Matéria Criminal, 2ª ed., Atlas, 1997, p. 65).

Incabível, daí, conforme adverte o Ministro Gilson Dipp,

> **"a extensão do benefício, nos moldes do art. 580 do Código de Processo Penal, tendo em vista que a decisão mais benéfica aos co-réus está fulcrada em condições exclusivamente pessoais de cada um deles"** (STJ, 5ª T., RHC nº 40.583/PA, in DJU de 11.04.2005, p. 349).

Outrossim, ainda que assim não fosse, infere-se que apesar da complexidade do feito, o processo encontra-se com a instrução encerrada, tendo sido apresentadas as alegações finais do ministério público. Adverte o STJ: **"Encontrando-se o feito na fase de alegações finais, aplica-se, na hipótese, a Súmula 52/STJ, segundo a qual, encerrada a instrução criminal, fica superada a alegação de constrangimento por excesso de prazo"** (5ª T., HC nº 139132/SP, rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, DJe de 30/11/2009). Daí porque o paciente não poderia ser beneficiado, é óbvio, com a extensão da ordem concedida ao co-réu, em face da mudança no estado processual da ação penal.

Nada mais a acrescentar, salvo que a impetração não tem ponta por onde se lhe pegue.

3 – Nessas condições, ACORDA a 1ª CÂMARA CRIMINAL do TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO CEARÁ, à unanimidade, em conhecer da impetração, mas para denegá-la, nos termos do voto do Relator.

Fortaleza, CE, 15 de fevereiro de 2011.

PROCESSO: *Habeas Corpus* Crime n. 0003359-33.2011.8.06.0000 – Boa Viagem /CE
IMPETRANTE: Paulo César Barbosa Pimentel
IMPETRANTE: Everton de Oliveira Barbosa
PACIENTE: Raimundo Reginaldo Cavalcante Facundo
AUTORIDADE COATORA: Juízo de Direito da 1ª Vara da Comarca de Boa Viagem/CE
RELATOR: DES. JOÃO BYRON DE FIGUEIRÊDO FROTA

EMENTA: PROCESSUAL PENAL. *HABEAS CORPUS.* PACIENTE PRESO EM RAZÃO DE DECISÃO DE PRONÚNCIA. ALEGAÇÃO DE GARANTIA DA CORRETA INSTRUÇÃO CRIMINAL E APLICAÇÃO DA LEI PENAL. FUNDAMENTAÇÃO INIDÔNEA. PACIENTE QUE RESPONDEU SOLTO DURANTE TODA A INSTRUÇÃO CRIMINAL. AUSÊNCIA DE PROVAS SUFICIENTES QUE COMPROVEM A FUGA DO PACIENTE. CONCESSÃO DA ORDEM.

I – Paciente preso em razão de decisão de pronúncia impetra ordem mandamental liberatória arrimando-se na ausência de fundamento bastante para o encarceramento provisório, baseando-se no fato de que permaneceu solto durante toda a instrução criminal e que faltou somente a uma audiência em que seu comparecimento era obrigatório.

II - Ocasiona o constrangimento ilegal à manutenção da liberdade do paciente se ele, mesmo tendo faltado a um ato instrutório, permaneceu solto durante a instrução, não havendo elementos nos autos que comprovem a ameaça à correta aplicação da lei penal ou que denotem sua fuga após a pronúncia.

III – Concessão da ordem.

Vistos, relatados e discutidos estes autos do *Habeas Corpus* n. 0003359-33.2011.8.06.0000/0, da Comarca de Boa Viagem, 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 conceder a ordem requerida, em dissonância ao parecer da douta Procuradora de Justiça e nos termos do voto do eminente Desembargador Relator.

Conforme narrado pelo impetrante, o paciente encontra-se preso provisoriamente em razão de manifestação judicial encontrada na decisão de pronúncia, em que a autoridade impetrada determinou seu encarceramento pelo fato de que ele negligenciou seu comparecimento a diversos atos instrutórios, o que gerou o adiamento de várias audiências, além do fato de que ele se mudou de domicílio sem autorização do juízo. assim, determinou-se sua prisão com fundamento na efetiva aplicação da lei penal e da garantia da instrução criminal, notadamente pelo fato de que o procedimento dos

crimes dolosos contra a vida é bifásico, e, assim, novas provas poderão ser produzidas em plenário. alegaram os impetrantes, advogados já qualificados nos autos, que dita fundamentação é inadequada, nomeadamente porque o paciente passou toda a instrução em liberdade, sem qualquer interferência na produção da prova (fls. 01/19).

Foi indeferida a liminar pleiteada (fls. 188).

Notificada, a autoridade tida como coatora informou que (fls. 197/199): a) o homicídio qualificado imputado ao paciente foi praticado em setembro de 1998, não tendo sido preso em flagrante; b) a denúncia foi ofertada em janeiro de 2001, e recebida no mês seguinte; c) o paciente foi citado por edital pelo fato de não ter sido encontrado e, por não ter atendido ao chamamento, foram suspensos o processo e o curso do prazo prescricional, e sua prisão preventiva foi decretada; d) o paciente ficou foragido por mais de 6 anos, sendo que em dezembro de 2004 ele foi interrogado em juízo e obteve a revogação de sua prisão preventiva; e) a instrução criminal teve início em 16/12/2004 e veio a ser concluída em 03/04/2008, e que nesse intervalo o paciente voltou a se ausentar do distrito da culpa indevidamente; f) a decisão de pronúncia foi prolatada em 10 de março de 2010; g) foram expedidos mandados prisionais contra o paciente em razão da decisão de pronúncia, permanecendo ele foragido há mais de 14 meses; h) que o paciente pretende se beneficiar da impunidade, chaga que infesta o Brasil; i) que não praticou qualquer ilegalidade ou abuso de poder, mas apenas se empenhou no sentido de garantir efetividade ao processo criminal em tela.

A Procuradoria Geral de Justiça, por intermédio da ilustre Representante do *Parquet,* manifesta-se pela não concessão da ordem (fls. 200/203)

É o relatório. Passo a votar.

O caso em apreço deve ser analisado com cautela, baseando-se nos fundamentos fáticos e jurídicos apresentados. Diante dos documentos acostados pelo impetrante e das informações apresentadas pela autoridade impetrada, resta clara a ausência da fundamentação da prisão provisória do paciente em razão da decisão de pronúncia.

Muito embora o paciente esteja sendo acusado da prática do crime de homicídio qualificado, não consta dos autos qualquer informação de que ele, após revogada sua prisão preventiva no longínquo ano de 2004, tenha dado causa à necessidade de prisão processual.

Observa-se da farta documentação trazida aos autos pelos impetrantes de que entre dezembro de 2004, mês e ano de seu interrogatório, e abril de 2008, data do encerramento da instrução, que o paciente ausentou-se a duas audiências de instrução: uma realizada na Comarca de São Sebastião (SP), em 30 de maio de 2007, para a oitiva de testemunha de acusação; e outra no distrito da culpa, em 03 de abril de 2004, data em que, repita-se, a instrução criminal restou encerrada.

Além disso, as mudanças de endereço realizadas pelo paciente não estavam submetidas ao crivo judicial, como se pode depreender da leitura da decisão que revogou sua prisão preventiva em dezembro de 2004. Mesmo assim, o paciente teve

a preocupação de peticionar nos autos, por intermédio do seu patrono, de forma a deixar bem clara a intenção de não se evadir da Comarca de Boa Viagem.

Argumente-se, ainda, que as ausências aos atos judiciais posteriores à revogação da prisão preventiva poderiam ter gerado novo encarceramento, mediante manifestação *ex officio* do próprio magistrado ou do representante do Ministério Público, na audiência do dia 03 de março de 2008. No caso, optou-se pelo encerramento da prova, em face da dificuldade de se encontrar duas das testemunhas arroladas pela defesa e pela acusação.

Assim, há que se concluir que, se não houve decretação da prisão, é porque não haveria qualquer prejuízo à instrução, não havendo porque mudar o *status* de quem havia permanecido solto durante toda a instrução. Em outras palavras, ausentes estão o perigo ao bom andamento da instrução criminal na fase de julgamento em plenário do Tribunal do Júri, bem como a ameaça à correta e adequada aplicação da lei penal.

Há se ressaltar que, contatada pessoalmente para complementar as informações prestadas nos autos, a autoridade impetrada não esclareceu a situação de fuga decorrente da decretação da prisão do paciente em razão da pronúncia, somente alegando que ele estaria foragido há quase 18 meses, não esclarecendo o porquê de o mandado de prisão não ter sido cumprido até o presente momento.

Assim, a decisão que determinou a prisão provisória em razão da pronúncia é carente de fundamentação, agredindo frontalmente o disposto no inciso IX do art. 93 da Constituição Federal, sendo necessário, então, impor-se a sanção de nulidade para o ato.

Apesar de reconhecer a gravidade da infração, o Poder Judiciário não pode coadunar com inconstitucionalidade consistente na ausência de fundamentação da decisão e, por esses motivos, o presente *writ* merece concessão.

Veja-se o pensamento dos Tribunais Superiores a respeito do tema:

> **STF**: "Embora o crime seja de natureza hedionda, importa reconhecer que o decreto constritivo não apresenta fundamentação concreta e individualizada a justificar a segregação cautelar. Para que o decreto de custódia cautelar seja idôneo, é necessário que especifique, de modo fundamentado, elementos fáticos concretos que justifiquem a medida, o que não ocorre na espécie. É da jurisprudência da Corte o entendimento de que 'a legalidade da decisão que decreta a prisão cautelar ou que denega liberdade provisória deverá ser aferida em função dos fundamentos que lhe dão suporte, e não em face de eventual reforço advindo dos julgamentos emanados das instâncias judiciárias superiores (...). A motivação há de ser própria, inerente e contemporânea à decisão que decreta (ou que mantém) o ato excepcional de privação cautelar da liberdade, pois a ausência ou a deficiência de fundamentação não podem ser supridas 'a posteriori'. (HC 98.821/CE. 2a. T. Rel. Min. Celso de Mello, DJe 16 abr. 2010).
> (HC 101980/SP. 1a. T. Rel. Min. Dias Toffoli. DJe 100, 04 jun. 2010)
>
> **STJ**: "Meras conjecturas sobre a possibilidade de fuga do acusado ou de

> que, solto, possa interferir no depoimento da vítima ou das testemunhas, aliadas à gravidade do delito, sem indicação de dados concretos, não servem para embasar o decreto de prisão preventiva, sendo correto ainda afirmar que não mais subsiste a prisão decorrente da pronúncia." (HC 159.466/ES, Rel. Ministro ARNALDO ESTEVES LIMA, QUINTA TURMA, julgado em 27/04/2010, DJe 17/05/2010).

Ex positis, voto pela concessão do presente *writ*, em dissonância ao parecer da douta Procuradora de Justiça, determinando que o acusado seja mantido em liberdade, comparecendo a todos os atos de instrução realizados perante o Tribunal do Júri e informando ao Juízo eventuais mudanças de endereço, sob pena de revogação do benefício, se por outros motivos não tiver que permanecer encarcerado.

Fortaleza, 11 de julho de 2011.

Habeas Corpus Crime nº. 0005326-16.2011.8.06.0000 – ÓRGÃO ESPECIAL
Impetrante: Mariayda Pereira Faria
Paciente: Francisco Haroldo Anselmo de Lima
Impetrado: Comandante Geral da Polícia Militar do Estado do Ceará
Relator: Des. João Byron de Figueirêdo Frota

EMENTA: PENAL MILITAR. PROCESSUAL PENAL MILITAR. *HABEAS CORPUS*. TERMO DE DESERÇÃO. ARGUIÇÃO ACERCA DA PRESCRIÇÃO PENAL E DO ESTADO DE SAÚDE DO PACIENTE. INTERESSE DE AGIR. OCORRÊNCIA. POSSIBILIDADE DE PRISÃO DO DESERTOR PREVISTA EM LEI, INDEPENDENTE DE SUA EXCLUSÃO DO SERVIÇO ATIVO. PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO PUNITIVA ESTATAL. INCIDÊNCIA. REQUISITOS GERAIS E ESPECÍFICOS PREENCHIDOS. EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE DO AGENTE. ORDEM CONCEDIDA.

1. Não obstante a argumentação da autoridade impetrada quanto à falta de interesse de agir do paciente, em razão de este não mais integrar a Corporação Militar, e, assim, inexistir temor de sua prisão, mormente porque, além de não ter readquirido o *status* de militar, sua deficiência visual já impediria a reinserção nos quadros da Polícia Militar, a própria legislação aplicável à espécie preconiza a possibilidade de prisão do agente desertor.
2. Consoante dispõe o Código de Processo Penal Militar, mesmo após a exclusão do militar do serviço ativo, o processo de deserção prossegue, sendo prevista a submissão do desertor a uma inspeção de saúde, visando à sua reinclusão ao respectivo quadro, no caso de ser considerado apto, ou, em caso de incapacidade definitiva, seja o servidor sem estabilidade isento da reinclusão e do processo, com o arquivamento dos autos.
3. A condição de cego do paciente, em tese, não afastaria a possibilidade de sua captura e prisão, haja vista que esta precederia a realização da mencionada inspeção de saúde, para os fins de reincorporação.
4. Em caso de deserção, o Código Penal Militar prevê um critério a mais, além da regra geral prevista no seu art. 125, para que seja declarada a prescrição penal: ao desertor reincorporado à instituição militar, aplica-se o regramento geral do art. 125, e àquele que permanece no estado de

deserção até atingir determinada idade, aplica-se a norma específica do art. 132 do referido diploma.
5. Superado o lapso prescricional de 04 (quatro) anos aplicável ao crime de deserção, *ex vi* do art. 125, VI, do Código Penal Militar, necessário, ainda, que o desertor atinja a idade de 60 (sessenta) anos, se oficial, e de 45 (quarenta e cinco) anos, para graus inferiores, a fim de que se possa declarar a superveniência da prescrição.
6. No caso presente, o termo de deserção remonta ao ano de 1984, sem que incidisse qualquer causa suspensiva ou interruptiva no prazo prescricional. O paciente, que não ocupava a patente de oficial, detém a idade de 54 (cinquenta e quatro) anos, estando preenchidos, assim, todos os parâmetros legais para a incidência da prescrição da pretensão punitiva do Estado com relação ao crime de deserção, razão por que se julga extinta a punibilidade do paciente, com fulcro no art. 123, IV, do Código Penal Militar.
7. Ordem concedida. Decisão unânime.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de *Habeas Corpus* Crime nº. 0005326-16.2011.8.06.0000, de Fortaleza, em que é impetrante Mariayda Pereira Faria, paciente Francisco Haroldo Anselmo de Lima e impetrado o Comandante Geral da Polícia Militar do Estado do Ceará.

ACORDAM os Membros do Órgão Especial do Tribunal de Justiça do Ceará, à unanimidade de votos, em conhecer do pedido, para conceder a ordem, no sentido de declarar extinta a punibilidade do paciente, pela incidência da prescrição da pretensão punitiva da pena em abstrato, nos termos do voto do Relator.

RELATÓRIO

Cogita-se de pedido de *Habeas Corpus* preventivo, com requesto de medida liminar, impetrado em favor de FRANCISCO HAROLDO ANSELMO DE LIMA, figurando como autoridade coatora o Comandante Geral da Polícia Militar do Estado do Ceará.

Em petição pouco inteligível, assevera a impetrante que o paciente é militar estadual no posto de Soldado PM e teve contra si lançado termo de deserção, publicado no Boletim nº 62 do Comando Geral da Polícia Militar do Estado, datado de 03/04/1984, estando na condição de desertor, e, portanto, submetido ao risco de prisão por tratar-se de crime permanente.

Aduz que o paciente está com 54 (cinquenta e quatro) anos de idade e é cego, conforme documentação que colaciona, não tendo sido oferecida denúncia em seu

desfavor.

Alude, ainda, acerca da ocorrência da prescrição, requerendo a concessão de salvo-conduto em prol do paciente para que este apresente-se à autoridade militar, ou, caso deva recolher-se ao cárcere, seja-lhe deferida a prisão domiciliar em face do seu estado de saúde, precisando de assistência para uso de medicamento.

Juntou a documentação de fls..

Liminar indeferida por ausência dos requisitos autorizadores (fl. 48).

Notificado para os informes de estilo, compareceu o Comandante Geral da Polícia Militar do Estado para arguir a falta de interesse de agir do paciente, uma vez que, não mais pertencendo à Polícia Militar do Estado do Ceará, não há que se cogitar de fundado receio de se ver preso administrativamente ao se apresentar à Corporação, sem que tenha readquirido o *status* de militar. Argumenta, também, que a condição de cego já impediria sua reinserção nos quadros da Polícia Militar, e, como tal, a materialização da prisão administrativa ou procedimento criminal (fls. 53/56).

Com vista dos autos, a douta Procuradora Geral de Justiça refutou a arguição da autoridade impetrada de inexistir receio de prisão do paciente, oferecendo parecer pela concessão da ordem (fls. 66/72).

É o relatório.

VOTO

Pelo que se infere dos termos da impetração, busca-se obter salvo-conduto em favor do paciente, em virtude do termo de deserção contra si exarado e com espeque nos seguintes pontos: arguição de prescrição; falta de denúncia; e atual estado de saúde do paciente, necessitando, por ser cego, de cuidados especiais e de assistência para o uso de medicamento.

Ab initio, cumpre analisar a argumentação do Comandante Geral da Polícia Militar do Estado quanto à falta de interesse de agir do paciente, em razão de este não mais integrar aquela Corporação, e, assim, inexistir temor de sua prisão, mormente porque, além de não ter readquirido o *status* de militar, sua deficiência visual já impediria a reinserção nos quadros da Polícia Militar.

Não obstante a inferência em que se arrima a autoridade impetrada, a própria legislação aplicável à espécie preconiza a possibilidade de prisão do agente desertor, ainda que ele tenha sido excluído do serviço ativo, senão vejamos.

O art. 452 do Código de Processo Penal Militar, dispondo sobre os efeitos do termo de deserção, determina que:

> **Art. 452 - CPPM.** O termo de deserção tem o caráter de instrução provisória e destina-se a fornecer os elementos necessários à propositura da ação penal, **sujeitando, desde logo, o desertor à prisão** (Grifo nosso).

Consoante estatui referido Códex,[1] mesmo após a exclusão do militar do serviço ativo, o processo de deserção prossegue, sendo prevista a submissão do agente desertor a uma inspeção de saúde, visando à sua reinclusão ao respectivo quadro, no caso de ser considerado apto, ou, em caso de incapacidade definitiva, seja o servidor sem estabilidade isento da reinclusão e do processo, sendo os autos arquivados.[2]

De forma análoga, o próprio dispositivo legal que deu supedâneo à exclusão do paciente da Corporação Militar (Art. 115, da Lei estadual nº 10.072/1976), invocado pelo Comandante Geral da Polícia Militar do Estado, estabelece procedimento idêntico, prevendo a realização de exame de saúde do desertor com vistas à sua possível

---

1 Do processo de deserção de praça com ou sem graduação e de praça especial

Art. 456 – CPPM. Vinte e quatro horas depois de iniciada a contagem dos dias de ausência de uma praça, o comandante da respectiva subunidade, ou autoridade competente, encaminhará parte de ausência ao comandante ou chefe da respectiva organização, que mandará inventariar o material permanente da Fazenda Nacional, deixado ou extraviado pelo ausente, com a assistência de duas testemunhas idôneas.

[...]

§ 5º Comprovada a deserção de cadete, sargento, graduado ou soldado, será ele imediatamente excluído do serviço ativo, fazendo-se, nos livros respectivos, os devidos assentamentos e publicando-se, em boletim, o termo de deserção (**Grifo nosso).**

2 **Art. 457 – CPPM.** Recebidos do comandante da unidade, ou da autoridade competente, o termo de deserção e a cópia do boletim, ou documento equivalente que o publicou, acompanhados dos demais atos lavrados e dos assentamentos, o Juiz-Auditor mandará autuá-los e dar vista do processo, por cinco dias, ao procurador, que requererá o que for de direito, aguardando-se a captura ou apresentação voluntária do desertor, se nenhuma formalidade tiver sido omitida, ou após o cumprimento das diligências requeridas.

§ 1º O desertor sem estabilidade que se apresentar ou for capturado deverá ser submetido à inspeção de saúde e, quando julgado apto para o serviço militar, será reincluído (Grifo nosso).

§ 2º A ata de inspeção de saúde será remetida, com urgência, à auditoria a que tiverem sido distribuídos os autos, para que, em caso de incapacidade definitiva, seja o desertor sem estabilidade isento da reinclusão e do processo, sendo os autos arquivados, após o pronunciamento do representante do Ministério Público Militar (Grifo nosso).

reinclusão nos quadros da Polícia Militar.[3]

Por outro lado, a condição de cego do paciente, em tese, também não afastaria a possibilidade de sua captura e prisão, haja vista que esta precederia a realização da mencionada inspeção de saúde, para os fins retrocitados.

Destarte, identificando na hipótese o interesse de agir do paciente, em face da previsão legal de sua custódia cautelar, conheço da presente ação constitucional.

Pois bem. Malgrado o não oferecimento de denúncia contra o paciente pela prática do crime de deserção, até porque, sem que fosse reinserido ao *status* de militar, faltaria à respectiva ação penal essa indispensável condição de procedibilidade, vislumbro que incide *in casu* a prescrição da pretensão punitiva estatal pelos motivos a seguir expostos.

Em caso de deserção, o Código Penal Militar preceitua um critério a mais, além da regra geral prevista no seu art. 125, para que seja declarada a prescrição penal, o qual vem insculpido no art. 132 do referido diploma. Ao desertor reincorporado à instituição militar, aplica-se o regramento geral do art. 125, e àquele que permanece no estado de deserção até atingir determinada idade, aplica-se a norma específica do aludido art. 132. Vejamos o dispositivo:

> **Art. 132 – CPM.** No crime de deserção, embora decorrido o prazo da prescrição, esta só extingue a punibilidade quando o desertor atinge a idade de quarenta e cinco anos, e, se oficial, a de sessenta.

Dessa forma, após o transcurso do lapso prescricional de 04 (quatro) anos, indicado no art. 125, VI, do Código Penal Militar, como aplicável ao crime de deserção,

---

3 **Art. 115** - **Lei estadual nº 10.072/1976.** A deserção do policial militar acarreta uma interrupção do serviço policial militar, com a conseqüente demissão "ex-officio" para o oficial ou exclusão do serviço ativo para a praça.

[...]

§ 2º – A praça sem estabilidade assegurada será automaticamente excluída após oficialmente declarada desertora (Grifo nosso).

§ 3º – O policial militar desertor, que for capturado ou que se apresentar voluntariamente será submetido à inspeção de saúde. Se julgado incapaz definitivamente, fica isento do processo e da reinclusão; se julgado apto, aguardará, na condição de agregado, a solução do processo (Grifo nosso).

§ 4º – A reinclusão em definitivo do policial militar, de que trata o parágrafo anterior, dependerá da sentença do Conselho de Justiça.

uma vez que sua pena máxima é de 02 (dois) anos de detenção,[1] necessário, ainda, que o desertor atinja a idade de 60 (sessenta) anos, se oficial, e de 45 (quarenta e cinco) anos, para graus inferiores, a fim de que se possa declarar a superveniência da prescrição.

É exatamente esse o caso presente, porquanto o termo de deserção remonta ao ano de 1984 (03/04/1984), sem que incidisse qualquer causa suspensiva ou interruptiva no prazo prescricional, constantes dos §§ 4º e 5º do art. 125, do CPM.[2] O paciente, por seu turno, que não ocupava a patente de oficial, detém a idade de 54 (cinquenta e quatro) anos, conforme comprova sua documentação pessoal.

Encontram-se preenchidos, assim, todos os parâmetros preconizados legalmente para a incidência da prescrição da pretensão punitiva do Estado com relação ao crime de deserção do paciente.

Sobre o tema, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal corrobora a mesma orientação, a saber:

> **STF – *HABEAS CORPUS*. PENAL MILITAR. DESERÇÃO.** PRESCRIÇÃO. O sistema do CPM configura duas hipóteses para a questão da prescrição, em caso de deserção. A primeira se refere ao militar que deserta e posteriormente é reincorporado, porque se apresentou voluntariamente ou foi preso. A este é aplicável uma norma geral relativa à prescrição prevista no CPM, art. 125**. A segunda, é dirigida ao trânsfuga, ou seja, aquele que permanece no estado de deserção. A ele é aplicável a norma especial do CPM, art. 132. Nessa situação, só gozará a extinção da punibilidade ao atingir os limites de idade. O prazo prescricional só se configura com o advento dos 45 anos para os praças e 60 anos**

1 **Art. 187 - CPM.** Ausentar-se o militar, sem licença, da unidade em que serve, ou do lugar em que deve permanecer, por mais de oito dias:

Pena - detenção, de seis meses a dois anos; se oficial, a pena é agravada.

2 Suspensão da prescrição

§ 4º A prescrição da ação penal não corre:

I - enquanto não resolvida, em outro processo, questão de que dependa o reconhecimento da existência do crime
II - enquanto o agente cumpre pena no estrangeiro.

Interrupção da prescrição

§ 5º O curso da prescrição da ação penal interrompe-se:

I - pela instauração do processo;
II - pela sentença condenatória recorrível.

> **para os oficiais. *Habeas corpus* deferido.** (Grifo nosso**). (HC 79432/PR – Segunda Turma, Relator: Min. NELSON JOBIM, Julgamento: 14/09/1999, Publicação:** DJ 15/10/1999).
>
> STF – CONSTITUCIONAL E PENAL MILITAR. CRIME DE DESERÇÃO. REINCORPORAÇÃO. ART. 132 DO CÓDIGO PENAL MILITAR. APLICAÇÃO RESTRITA AOS FORAGIDOS. PRESCRIÇÃO. CAUSAS DE SUSPENSÃO E DE INTERRUPÇÃO. IRREGULARIDADE NA SUSPENSÃO DE PROCESSO. IRRELEVÂNCIA. 1. As causas de suspensão e de interrupção da prescrição encontram-se expressamente previstas nos §§ 2º e 3º do art. 125, do Código Penal Militar, nelas não se incluindo a prática de nova deserção. **2. A regra do art. 132 do Código Penal Militar aplica-se apenas aos desertores foragidos. Precedentes. 3. Eventual irregularidade na decisão que suspende o curso do processo não repercute na fluência do prazo prescricional, porque exaustivas as hipóteses de suspensão e de interrupção. 4. Conceder a ordem.** (Grifo nosso**). (HC 106545/RJ – Primeira Turma, Relatora: Min. CÁRMEN LÚCIA, Julgamento: 01/03/2011, Publicação:** DJ 13/04/2011).
>
> **STF –** RECURSO ORDINÁRIO EM *HABEAS CORPUS*. MILITAR. DESERÇÃO. PRESCRIÇÃO: INOCORRÊNCIA. NOVA DESERÇÃO. TRÂNSFUGA. 1. Crime de deserção. Sentença transitada em julgado. Incidência da regra geral do artigo 125 do Código Penal Militar. Pena de seis meses não executada, em virtude de nova deserção. Prescrição da pretensão executória, pelo transcurso do prazo de um ano, considerado o cômputo pela metade em razão menoridade do recorrente à época do fato. Improcedência: quando da interposição do recurso ordinário não havia transcorrido o prazo prescricional, o que somente veio ao correr entre a data da interposição e a do julgamento. Prescrição que não se declara, levando-se em conta a possibilidade da captura ou do comparecimento do recorrente antes do transcurso do prazo prescricional, facultado o requerimento na origem. 2. **Quanto à segunda deserção, a extinção da punibilidade somente ocorrerá quando o trânsfuga atingir quarenta e cinco anos de idade, conforme previsão contida no artigo 132 do Código Penal Militar.** Recurso ordinário em *habeas corpus* a que se nega provimento. (Grifo nosso**).** (RHC 86253/RJ – Primeira Turma, Relator: Min. EROS GRAU, Julgamento: 04/10/2005, Publicação: DJ 28/10/2005).

Por todo o exposto, conheço do pedido de *habeas corpus*, para conceder a ordem, no sentido de declarar extinta a punibilidade do paciente, em virtude da prescrição da pretensão punitiva da pena em abstrato, com fulcro no art. 123, IV, do Código Penal Militar, nos termos do voto do Relator.

É como voto.

Fortaleza, 20 de outubro de 2011.

Nº 0101239-59.2010.8.06.0000
HABEAS CORPUS (de Fortaleza)
IMPETRANTE: MAURO JÚNIOR RIOS
PACIENTE: FRANCISCO LEANDRO SILVA LIMA
IMPETRADA: JUÍZA DE DIREITO DA 4ª VARA CRIMINAL DE FORTALEZA
RELATOR: DES. LUIZ GERARDO DE PONTES BRÍGIDO

-Habeas corpus.
-Prisão em flagrante.
-Não se divisando, apriorística e concretamente, que a soltura do preso, primário e de bons antecedentes, representará séria ameaça à garantia da ordem pública, da instrução probatória ou da eventual aplicação da lei, não se retire desmotivadamente dele, delinquente ocasional, o direito ao benefício da liberdade provisória.
-Coação ilegal caracterizada.
-Ordem de soltura concedida, mediante alvará clausulado, ressalvada a possibilidade de a autoridade impetrada decretar, fundamentalmente, a custódia cautelar do réu, na superveniência de razão para tanto.
-Unanimidade.

Vistos, relatados e discutidos os autos acima identificados.

1 – Impetração voltada à entrega de liberdade provisória ao paciente, negada no juízo a quo, alegando o impetrante, em suma, que apesar de preso em flagrante por lesão corporal grave, não se justificaria a manutenção do réu carcer ad custodiam, por personificar condições que o habilitam a responder solto ao processo.

Liminar indeferida.

Recebidas as informações da autoridade judiciária, a PGJ opinou pela denegação da ordem.

É o relatório.

2 – Vai-se direta e objetivamente ao ponto nuclear do pedido.

A continuidade da segregação do paciente arranha o princípio da proporcionalidade entre a prisão anterior à definição da culpa, providência excepcional, severíssima, e a presunção de inocência. Daí que irrefutável a coação ilegal, porque a liberdade provisória **"é direito do réu"**, diz o STF, "**e não faculdade judicial"** (RTJ nº vol. 116/p. 139). E porque, na espécie, o indeferitório do benefício, apressadamente proferido, vê-se, não está, a rigor, fundamentado quantum sufficit, mas limitado a termos especulativos de que, solto provisoriamente, o coacto, pela suposta perigosidade que o acompanha, pode colocar em risco a paz social. Absolutamente genérico, já se vê, o invectivado ato judicial, verdadeiramente franciscano em termos de motivação.

Com efeito, a exigência de fundamentação **"do indeferimento do pedido de liberdade provisória tem atualmente o inegável respaldo da doutrina jurídica mais autorizada e da Jurisprudência dos Tribunais do País, sendo, em regra, inaceitável que a só gravidade do crime imputada à pessoa seja suficiente para justificar a sua segregação, antes de a decisão condenatória penal transitar em julgado, em face do princípio da presunção de inocência. Por conseguinte, é fora de dúvida que a manutenção da constrição cautelar há de explicitar a necessidade dessa medida vexatória, indicando os motivos que a tornam indispensável, dentre os elencados no art. 312 do CPP, como, aliás, impõe o art. 315 do mesmo Código"** (STJ, 5ª T., HC 98448/RN, rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, DJe 18/08/2008).

O paciente, primário e de bons antecedentes, não cometeu crime hediondo. Não matou, não seqüestrou, não assaltou, nem traficou entorpecente. Foi preso no dia 15 de novembro de 2010, por estar acompanhando o co-indiciado Marcos Venícius Araújo Silveira, que disparou uma espingarda de chumbinho no rumo da vítima, José Valderlan Marques da Silva, quando esta aproximou-se do veículo em que a dupla encontrava-se, atingindo-a no olho. Esse crime é fato isolado na sua vida. E tal não remete necessariamente à suposição de que, solto, colocará em risco a sociedade.

Aliás, se o réu não é periculoso e possui condições pessoais favoráveis, foge à razoabilidade a continuidade da sua prisão ante tempus, já que ele poderá ser beneficiado, caso condenado, com a substituição da reprimenda reclusiva por outra restritiva de direitos. E se não se divisa, apriorística e concretamente, que a sua soltura representará séria ameaça à garantia da ordem pública, da formação da culpa e da aplicação da lei penal, não se retire desmotivadamente dele, delinquente ocasional, o direito à liberdade provisória.

Custódia antes do julgamento, embora admissível por não atritar com a presunção de não-culpabilidade, é medida de exceção. **"Só é cabível"**, apostila a jurisprudência, **"em situações especiais. Aboliu-se seu caráter obrigatório. Assim, não havendo razões sérias e objetivas para a sua manutenção e tratando-se de réu primário, sem antecedentes criminais, com profissão definida e residente no foro do delito, não há motivos que a autorizem"** (RT nº 528/p. 315).

3 – Nessas condições, ACORDA a 1ª CÂMARA CRIMINAL do TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO CEARÁ, à unanimidade e em dissonância com o parecer ministerial, em conhecer da impetração e entregar a ordem de liberdade provisória a favor do paciente, mandando que se expeça alvará de soltura clausulado, mediante assinatura de termo de compromisso de comparecimento em juízo sempre que para tal for convocado, podendo a impetrada, se causa der o réu, decretar-lhe fundamentadamente a prisão preventiva.

Fortaleza, CE, 18 de janeiro de 2011.

Processo: 0006445-12.2011.8.06.0000 – *Habeas Corpus*
Impetrantes: Hélio das Chagas Leitão Neto e
Henrique Garcia Ferreira de Souza
Paciente: Luís Flávio Mendes de Carvalho
Impetrado: Juiz de Direito da Vara Única da Comarca de Senador Pompeu
Relator: Des. Haroldo Correia de Oliveira Máximo

EMENTA: *HABEAS CORPUS*. PROCESSO PENAL. CRIMES DE QUADRILHA OU BANDO, FALSIFICAÇÃO DE DOCUMENTO PÚBLICO, PECULATO, PECULATO MEDIANTE ERRO DE OUTREM, FRUSTRAR OU FRAUDAR LICITAÇÃO E LAVAGEM DE DINHEIRO. PRISÃO PREVENTIVA. REVOGAÇÃO. INVIABILIDADE. GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA, DA ORDEM ECONÔMICA E DA INSTRUÇÃO CRIMINAL. DECISÃO SUFICIENTEMENTE FUNDAMENTADA. GRAVIDADE CONCRETA DO DELITO. CONDIÇÕES PESSOAIS FAVORÁVEIS. CIRCUNSTÂNCIA QUE, POR SI SÓ, NÃO ASSEGURA A LIBERDADE. ORDEM DENEGADA.

01 – Não há que se falar em constrangimento ilegal, quando a decisão que negou a liberdade ao paciente encontra-se amparada por um dos pressupostos da prisão preventiva, e fez, expressamente, menção à situação concreta que autoriza a manutenção da prisão, no caso, o resguardo à ordem pública, em razão da gravidade concreta do caso, em que o agente, supostamente, integra organização criminosa, sob forma de quadrilha, que agia de forma reiterada, direcionado os procedimentos licitatórios, firmando contratos com empresas favorecidas pelas fraudes.

02 – Eventuais condições subjetivas favoráveis, como primariedade, bons antecedentes, residência fixa e atividade laboral lícita, não são garantidoras da liberdade quando a manutenção da prisão se sustenta sob outro fundamento.

03 – Ordem denegada.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de *Habeas Corpus*, acordam os Desembargadores da 2ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, por votação unânime, em conhecer parcialmente da ordem impetrada, e, nessa extensão denegá-la, tudo em conformidade com o voto do Relator.

RELATÓRIO

Trata-se de *habeas corpus*, com pedido de liminar, impetrado pelo advogado Hélio das Chagas Leitão Neto, em favor do paciente LUIS FLÁVIO MENDES DE CARVALHO, contra decisão proferida pelo Juízo de Direito da Comarca de Senador Pompeu que denegou pedido de revogação de prisão preventiva formulado em seu favor, mantendo a decisão, da lavra do eminente Des. Francisco Darival Bezerra Primo, que, em 13 de junho de 2011, decretou a custódia cautelar do paciente, nos autos de investigação em que se apuram fatos relacionados a suposto esquema criminoso que causou graves prejuízos aos cofres do Município de Senador Pompeu, do qual o paciente, em tese, faria parte, diante de indícios de participação nos seguintes crimes: arts. 29, 69, 288, 297, 312 e 313 do CPB; art. 1º, incisos I e II, do Decreto-Lei nº 201/67, art. 90 da Lei nº 8.666/93, e art. 1º, incisos V e VIII, da Lei nº 9.613/98.

Em apertada síntese, sustenta-se na impetração a ocorrência de constrangimento ilegal, ao argumento de que não teriam sido apontados na decisão atacada elementos concretos que justificassem a decretação da custódia cautelar do paciente, ressaltando que estariam ausentes quaisquer das hipóteses autorizadoras previstas no art. 312 do CPP. Aduz, ainda, que o paciente é detentor de condições subjetivas favoráveis.

O pedido liminar restou indeferido (fls. 226/227).

Informações da autoridade impetrada às fls. 230/234.

Em parecer das fls. 235/241, manifestou-se a douta Procuradoria Geral de Justiça pela concessão da ordem.

É o relatório.

VOTO

No presente *habeas corpus*, defende-se, em síntese, a possibilidade de conceder-se a liberdade provisória ao paciente.

Argui o impetrante que a decisão que negou o pedido de revogação da prisão preventiva do acusado encontra-se carente de fundamentação, inexistindo elementos concretos que autorizem sua permanência no cárcere, já que ausentes os pressupostos legais elencados no art. 312 do Código de Processo Penal.

Entendo, contudo, que a impetração não merece concessão.

Depreende-se dos autos que o paciente, vice-prefeito do município de Senador Pompeu, foi denunciado pelo Ministério Público Estadual acusado de participar de esquema criminoso que causou graves prejuízos ao erário do citado município, diante de indícios de participação nos seguintes crimes: arts. 29, 69, 288, 297, 312 e 313 do CPB; art. 1º, incisos I e II, do Decreto-Lei nº 201/67, art. 90 da Lei nº 8.666/93, e art. 1º, incisos V e VIII, da Lei nº 9.613/98.

A denúncia, noticie-se, conta com 86 laudas e descreve, minuciosamente, os fatos e as circunstâncias do suposto esquema criminoso que contava com 31 integrantes, dentre eles o paciente.

Consigne-se, que o decreto constritivo, de onde se originou a prisão do paciente, foi da lavra do eminente Des. Francisco Darival Beserra Primo, a quem, inicialmente fora distribuído o feito, já que um dos denunciados, em razão de ser detentor do cargo de prefeito de Senador Pompeu, possuía foro privilegiado.

Sua Excelência, ao decretar a prisão do paciente e demais corréus, o fez de maneira a estampar, de forma cristalina e minuciosa, as razões que fundamentam a medida extrema, de modo que não restaram dúvidas acerca da presença dos motivos ensejadores da prisão preventiva, e de sua necessidade.

Desmembrada a ação, por determinação do ilustre Desembargador, restaram os autos encaminhados ao Juízo de Senador Pompeu, onde estão sendo processados os demais denunciados, e fora entabulado pela Defesa do paciente pedido de revogação de prisão preventiva, que restou indeferido, sendo mantida sua prisão cautelar.

A aludida decisão, ora impugnada, embora de forma sucinta, consignou que a manutenção da custódia cautelar do paciente encontra-se fundamentada na garantia da ordem pública, ante a sua suposta participação em organização criminosa, a qual se imputam graves fatos ocorridos no âmbito da administração do município de Senador Pompeu.

Transcrevo, no que interessa, a decisão combatida:

> "(...)
> Pelo que consta dos autos, e conforme a bem lançada manifestação da representante local do Ministério Público vislumbro persistirem os pressupostos autorizadores da custódia preventiva, elencados no art. 312 do Código de Processo Penal, entendendo que, as condições favoráveis do peticionante alegada pela defesa, tais como afastamento de seu cargo, primariedade, residência fixa, bons antecedentes, não são garantidoras de eventual direito de liberdade, quando outros elementos da medida vergastada recomendam sua custódia cautelar, como no caso dos autos, que se depreende a gravidade dos fatos imputados ao requerente e ao modo e circunstâncias de como tais fatos se deram. Assim, não é desarrazoado depreender que, caso solto possa prejudicar o andamento processual, ou até mesmo encontrar estímulos para voltar a delinquir e exaurir os crimes que cometeu.
> (...)"

Diante do quadro delineado, tenho por suficientes os fundamentos da decisão que decretou a custódia do paciente, bem como daquela que a manteve.

Ao contrário do que afirma o Impetrante, não se trata de argumentação destituída de elementos vazios, vez que se demonstrou no decreto prisional os pressupostos e motivos autorizadores da medida, elencados no art. 312 do Código

de Processo Penal, com a devida indicação dos fatos concretos justificadores de sua imposição, nos termos do art. 93, inciso IX, da Constituição Federal.

Ademais, do que se extrai dos autos há fortes indícios que a atividade se desenvolvia de forma reiterada, o que, segundo farta jurisprudência dos Tribunais, constitui circunstância suficiente para a decretação da segregação cautelar. Nesse sentido:

> "*HABEAS CORPUS*. ALEGAÇÃO DE AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO CAUTELAR IDÔNEA PARA A PRISÃO PREVENTIVA. AUSÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. ORDEM INDEFERIDA.
> 1. [...].
> 2. **A necessidade de se interromper ou diminuir a atuação de integrantes de organização criminosa, enquadra-se no conceito de garantia da ordem pública, constituindo fundamentação cautelar idônea e suficiente para a prisão preventiva.**
> Ordem denegada." (HC 95.024/SP, 1.ª Turma, Rel. Min. CÁRMEN LÚCIA, DJe de 20/02/2009.)

Com efeito, a ameaça à ordem pública está caracterizada, tendo em conta que restou evidenciado que o denunciado, ora paciente, aparentemente, reiterava na prática delitiva, e atuava, juntamente com os corréus, com naturalidade, de modo que o esquema criminoso – em que se direcionavam os procedimentos licitatórios, firmando contratos com empresas favorecidas pelas fraudes – desenvolvia-se sem qualquer contratempo. Colhe-se, ainda, dos autos, em especial da decisão da lavra do e. Des. Francisco Darival Beserra Primo (fls.) que a trama delituosa comprometeu a lisura do sistema financeiro do município de Senador Pompeu, no que tange às suas contas públicas, de modo que a prisão visa, sob outro vértice, a garantir da ordem econômica daquela cidade.

De outro lado, verifica-se que a custódia busca resguardar a instrução criminal, em razão de o paciente deter posição de autoridade, já que ocupa o cargo de vice-prefeito da localidade, o que lhe garante, ainda que de modo transverso, pois afastado do cargo, a possibilidade de sonegar/extraviar documentos, imprescindíveis à formação do lastro probatório, e de coagir testemunhas do feito.

Aliás, no que se refere à coação de testemunhas, já noticiaram os jornais desta Capital a existência de ameaças a testemunhas do processo, fato comprovado através da petição de fls., acostada aos autos pela douta Procuradoria Geral de Justiça, de modo que a preservação da segregação, encontra-se amparada, para a garantia da instrução processual.

Não se pode olvidar que delitos dessa natureza, de extrema danosidade social, causam graves reflexos na sociedade, posto que subtraem recursos públicos que proporcionariam o direito à educação de qualidade, à saúde, e outros tantos garantidos a todos, mas desviados, propiciando o ingresso de jovens na marginalidade, no tráfico

de drogas, na criminalidade, pois passam a praticar, de maneira geral, delitos contra o patrimônio privado, em regra com violência à pessoa, no meu sentir, de menor gravidade que os atribuídos ao paciente.

De mais a mais, deve-se preservar a própria credibilidade do Poder Judiciário, no que se refere a sua atuação no combate à criminalidade invisível de empresários e administradores públicos. Louvo, nesse sentido, a decisão do eminente Des. Darival Beserra Primo.

Noutro giro, também é entendimento sedimentado nas Cortes do País que eventuais condições pessoais favoráveis dos agentes, como primariedade e bons antecedentes, não são garantidoras de direito subjetivo à restituição da liberdade, se outros elementos dos autos recomendarem a sua custódia.

Nesse contexto, vislumbra-se que tanto a decisão que decretou a custódia preventiva, como a que a manteve, encontram-se suficientemente fundamentadas, porquanto ancoradas na concreta necessidade de manter-se o cárcere provisório, diante das minuciosas investigações que deram conta de um sólido esquema criminoso do qual o paciente, supostamente, faria parte, que direcionava os procedimentos licitatórios, firmando contratos com empresas favorecidas pelas fraudes, desviando dinheiro público em benefício de funcionários públicos envolvidos e terceiros, fato que, como evidenciado, causa perplexidade e indignação.

Ante o exposto, em dissonância com o parecer ofertado pela douta Procuradoria de Justiça, DENEGO a ordem.

É como voto.

Fortaleza, 14 de novembro de 2011.

Recurso Crime em Sentido Estrito

PROCESSO Nº: 2116-47.2008.8.06.0101/1
RECURSO EM SENTIDO ESTRITO
JUÍZO: 1ª VARA DA COMARCA DE ITAPIPOCA
RECORRENTE: RAIMUNDO JUSTINO BATISTA
RECORRIDO: JUSTIÇA PÚBLICA
RELATOR: DESEMBARGADOR PAULO CAMELO TIMBÓ

EMENTA: PENAL E PROCESSUAL PENAL. RECURSO CRIME EM SENTIDO ESTRITO. SENTENÇA DE PRONÚNCIA. EXCLUSÃO DE QUALIFICADORAS. IMPOSSIBILIDADE. JUÍZO DE ADMISSIBILIDADE. REQUISITOS DO ART. 413, CPP. EXAME MERITÓRIO. ATRIBUIÇÃO CONSTITUCIONAL DO TRIBUNAL DO JÚRI. RECURSO CONHECIDO E IMPROVIDO.
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.
2. Havendo controvérsia acerca das circunstâncias em que o crime foi cometido, a fim de se esclarecer a incidência de qualificadoras, compete ao Tribunal do Júri, juízo natural dos crimes dolosos contra a vida, o encargo de julgar o réu pronunciado, acatando ou não a tese da acusação.
3. Recurso conhecido e improvido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos o presente Recurso Crime em Sentido Estrito, ACORDAM os desembargadores da 1ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Ceará, à unanimidade e em consonância com o parecer ministerial, em conhecer do recurso, mas para NEGAR-LHE provimento.

Fortaleza, CE, 29 de novembro de 2011 .

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Crime em Sentido Estrito, interposto por Raimundo Justino Batista em face da sentença que o pronunciou nas tenazes do art. 121, §2º, II e IV, do Código Penal (fls. 125/128).

Irresignado, o réu interpôs o recurso de fls. 133/135, alegando ausência de

provas com relação às qualificadoras reconhecidas, requerendo a exclusão das referidas qualificadoras, para que seja levado a julgamento pelo Tribunal do Júri pelo delito de homicídio simples.

O Ministério Público apresentou contrarrazões ao recurso às fls. 136/138, requerendo a manutenção da sentença de pronúncia.

À fl. 140, o juiz singular manteve a sentença de pronúncia, remetendo os autos a esta Instância.

Parecer da Procuradoria Geral de Justiça às fls. 144/148, com manifestação pelo improvimento 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 por Raimundo Justino Batista em face da sentença que o pronunciou nas tenazes do art. 121, §2º, II e IV, do Código Penal (fls. 125/128).

Irresignado, o réu interpôs o recurso de fls. 133/135, alegando ausência de provas com relação às qualificadoras reconhecidas, requerendo a exclusão das referidas qualificadoras, para que seja levado a julgamento pelo Tribunal do Júri pelo delito de homicídio simples.

Narra a denúncia que no dia 17 de novembro de 2007, dentro da residência da vítima, o denunciado, munido de uma pá, ceifou a vida de sua ex-companheira, Maria da Paz Pereira de Oliveira.

As qualificadoras reconhecidas pelo magistrado por ocasião da pronúncia são a do motivo fútil e da utilização de recurso que impossibilitou a defesa da vítima.

Ora, existem evidências de que o motivo do crime teria sido o inconformismo do réu com o fim do relacionamento amoroso que mantinha com a vítima, a justificar a qualificadora do motivo fútil.

Já a qualificadora do recurso que impossibilitou a defesa da vítima também deve ser mantida uma vez que existem indícios de que, pela forma como o crime foi executado, com a vítima dentro de casa, sendo fisicamente mais fraca que o acusado, e estando desarmada, enquanto este lhe aplicava golpes, munido de uma pá, existe a possibilidade de a capacidade da vítima para defender-se no momento do crime tenha sido reduzida ou impossibilitada.

Há amparo no acervo probatório para a manutenção das qualificadoras acima mencionadas. Vejamos:

> [...] que no período em que passaram separados, o réu frequentemente procurava a vítima para que reatassem o relacionamento e sempre dizia que se não ficasse com ele, não ficaria com mais nenhum outro; que a vítima foi morta na sua própria casa; [...] que viu o corpo da vítima e estava com

> quatro ferimentos na cabeça; que os ferimentos foram causados por uma pá; [...]. (Depoimento de Oscarina da Silva Teodósio, às fls. 65)
>
> [...] que no dia do fato esteve na casa da vítima onde também se encontrava o réu e viu uma discussão entre os dois mas que não houve nenhuma agressão física; que foi para casa e quando saiu da residência da vítima o réu lá permaneceu; que não percebeu se o réu estava embriagado; que pouco tempo depois retornou à casa da vítima e viu o corpo da D. Maria da Paz no chão já morta com dois ferimentos na cabeça; que ao lado do corpo estava uma pá; [...] (Depoimento de Maria Saraiva da Silva, às fls. 66)

A materialidade do delito encontra-se devidamente comprovada através do laudo cadavérico de fls.16.

Destarte, não assiste razão ao recorrente, pois, analisando-se o acervo probatório dos autos, extrai-se indícios suficientes de autoria e prova de materialidade do delito, apontando para a ocorrência de homicídio qualificado, elementos bastantes para a pronúncia do acusado.

É que, a decisão 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*.

Ora, 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[1] "... *a natureza jurídica da sentença de pronúncia é de decisão interlocutória mista, que julga apenas a admissibilidade da acusação, sem qualquer avaliação de mérito*".

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.

Destarte, não assiste razão ao recorrente, pois a sentença de pronúncia de fls. 125/128 atende a todos os requisitos estabelecidos no art. 413, CPP e art. 93, IX, CF/88.

É que o magistrado fundamentou sua decisão cumprindo os termos do art. 413, CPP, ou seja, delineou as provas que a convenceram da materialidade do delito, e os indícios suficientes de autoria.

Ademais, em havendo dúvida quanto às circunstâncias do delito, esta deve ser resolvida em favor da sociedade, pois essa fase processual é regida pelo princípio *in dubio pro societate*, como já dissemos anteriormente.

É incabível, pois, a exclusão de qualificadoras na fase de pronúncia, a não ser quando manifestamente improcedentes, sob pena de usurpar o magistrado a atribuição constitucional do Tribunal do Júri. É pacifico o entendimento jurisprudencial:

> 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**

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.

> **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.
> *Omissis.* (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.
>
> PENAL E PROCESSO PENAL - HOMICÍDIO QUALIFICADO - PRONÚNCIA - RECURSO CRIME EM SENTIDO ESTRITO - PRETENDIDA A ABSOLVIÇÃO SUMÁRIA - IMPOSSIBILIDADE - *DECISUM* EM CONSONÂNCIA COM O TEOR DO ART. 413, DO CPP - APLICAÇÃO DO *IN DUBIO PRO SOCIETATE*.
> 1. A manutenção da sentença de pronúncia se impõe diante da prova da materialidade do crime e de indícios suficientes da autoria.
> 2.Prescinde, assim, de um juízo de certeza, devendo as dúvidas remanescentes da instrução criminal serem submetidas ao Tribunal do Júri, a quem compete apreciar e julgar os delitos dolosos contra a vida.
> **3. As circunstâncias qualificadoras só podem ser excluídas quando manifestamente improcedentes.** Precedentes.
> 4. Recurso conhecido e improvido. (RSE nº 7666-98.2009.8.06.0000/0, Relatora Desa. Maria Sirene de Souza Sobreira, 2ª Câmara Criminal, TJCE, julgado em 25/05/2009). Grifei.

O que não ocorre no caso em tela, posto que não existe nenhuma prova inequívoca de que a circunstância qualificadora apontada na pronúncia não tenha ocorrido. Pelo contrário, as declarações prestadas pelas testemunhas apontam para a ocorrência do crime, com as circunstâncias qualificadoras dos incisos II e IV do § 2º do art. 121 do Código Penal.

Considerando, pois, 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 ou participação, resta ao Tribunal do Júri – a quem compete o juízo natural dos crimes dolosos contra a vida – o encargo de julgar o réu pronunciado, acatando ou não o que ficou estabelecido na denúncia ministerial.

Diante do exposto, conheço do recurso interposto, mas para NEGAR-LHE provimento, em consonância com o parecer ministerial, mantendo integralmente a decisão recorrida.

É como voto.

Fortaleza, 29 de novembro de 2011

PROCESSO N.°: 390-95.2008.8.06.0082/1
RECURSO EM SENTIDO ESTRITO
JUÍZO: VARA ÚNICA DA COMARCA DE GROAÍRAS
RECORRENTE: JOSÉ ALMIR MATOS LOPES
RECORRIDO: ELIANE MARIA XIMENES DE ARAGÃO
RELATOR: DESEMBARGADOR PAULO CAMELO TIMBÓ

EMENTA: RECURSO EM SENTIDO ESTRITO. CRIMES CONTRA A HONRA. QUEIXA APRESENTADA POR PROCURADOR. INSTRUMENTO DE MANDATO GENÉRICO. AUSÊNCIA DOS REQUISITOS DO ART. 44 DO CPP. OMISSÃO NÃO SANADA DENTRO DO PRAZO. DECADÊNCIA DO DIREITO DE AÇÃO. RECURSO CONHECIDO E IMPROVIDO.

1. A queixa poderá ser oferecida por procurador com poderes especiais, desde que acompanhada de instrumento de mandato contendo a menção do fato criminoso e o nome do querelante, nos termos do art. 44, do CPP.

2. A falha na representação do querelante pode ser sanada a qualquer tempo, desde que dentro do prazo decadencial, o que não ocorreu na espécie. Precedentes do STJ.

3. Na hipótese, agiu bem o magistrado *a quo* ao declarar a decadência do direito de ação do querelante, uma vez que a queixa foi assinada somente pelo advogado, e a procuração outorgada pelo querelante era genérica, não atendendo aos requisitos do art. 44 do CPP, omissão que não foi sanada dentro do prazo decadencial.

4. Recurso conhecido e improvido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos o presente Recurso Crime em Sentido Estrito, ACORDAM os desembargadores da 1ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Ceará, à unanimidade e em consonância com o parecer ministerial, em conhecer do recurso, mas para NEGAR-LHE provimento.

Fortaleza, CE, 29 de novembro de 2011

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso em Sentido Estrito, interposto por José Almir Matos Lopes, em face da decisão (fls. 31/32) que declarou a decadência do direito de oferecer a queixa, em virtude da ausência de procuração especial, nos moldes do art. 44 do Código de Processo Penal.

Aduz a recorrente, às fls. 34/36, que a irregularidade da procuração é apenas com relação à representação da parte, e não à sua legitimidade, sendo, portanto, sanável a qualquer tempo, motivo pelo qual não houve a decadência do prazo prescricional, requerendo, ao final, a desconstituição da decisão atacada e o prosseguimento da ação penal.

Recebido e contrariado o recurso, a recorrida pugnou pelo improvimento do pleito (fls. 50/52).

Sustentação da decisão pelo juiz *a quo* às fls. 65.

Nesta Superior Instância, a Procuradoria Geral de Justiça manifestou-se pelo improvimento do recurso (fls. 70/74).

É o breve relatório.

VOTO

Presentes os requisitos de admissibilidade, conheço do recurso.

Como relatado, trata-se de Recurso em Sentido Estrito, interposto por José Almir Matos Lopes, em face da decisão (fls. 31/32) que declarou a decadência do direito de oferecer a queixa, em virtude da ausência de procuração especial, nos moldes do art. 44 do Código de Processo Penal.

Aduz a recorrente, às fls. 34/36, que a irregularidade da procuração é apenas com relação à representação da parte, e não à sua legitimidade, sendo, portanto, sanável a qualquer tempo, motivo pelo qual não houve a decadência do prazo prescricional, requerendo, ao final, a desconstituição da decisão atacada e o prosseguimento da ação penal.

Observa-se, às fls. 05, que a procuração outorgada ao advogado que subscreveu a queixa é genérica, não atendendo aos requisitos do art. 44 do Código de Processo Penal, *verbis*:

> Art. 44. A queixa poderá ser dada por procurador com poderes especiais, devendo constar do instrumento do mandato o nome do querelante e a menção do fato criminoso, salvo quando tais esclarecimentos dependerem de diligências que devem ser previamente requeridas no juízo criminal.

Não houve qualquer menção ao fato criminoso no instrumento de mandato, nem mesmo à capitulação penal. Ademais, o ofendido também não assinou a queixa juntamente com o advogado, o que seria capaz de suprir a falha no instrumento procuratório.

Tal falha poderia, de fato, ter sido sanada posteriormente, contudo dentro do prazo decadencial, o que não foi feito pelo querelante.

Nesse sentido é o entendimento do Superior Tribunal de Justiça:

> AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. QUEIXA.

CRIMES CONTRA A HONRA. INSTRUMENTO DE MANDATO SEM MENÇÃO AO FATO CRIMINOSO. OMISSÃO NÃO SANADA DENTRO DO PRAZO DECADENCIAL. NEGADO PROVIMENTO.
1. O instrumento de mandato com poderes especiais conferido a procurador legalmente habilitado, para a propositura de queixa nos crimes contra a honra, que não contém a menção ao fato delituoso, constitui omissão que obsta o regular prosseguimento da ação penal, se não for sanada dentro do prazo decadencial.
2. A falha na representação processual do querelante pode ser sanada a qualquer tempo, desde que dentro do prazo decadencial.
Inteligência dos artigos 43, III, 44 e 568, todos do Código de Processo Penal.
3. Negado provimento ao agravo regimental. (AgRg no REsp 471.111/RS, Rel. MIN. JANE SILVA (DESEMBARGADORA CONVOCADA DO TJ/MG), SEXTA TURMA, julgado em 19/06/2008, DJe 04/08/2008) Grifo nosso.

HABEAS CORPUS. PROCESSUAL PENAL E PENAL. CRIME CONTRA PATENTES DE MODELOS COMERCIAL E INDUSTRIAL E CONCORRÊNCIA DESLEAL. INICIADO PROCEDIMENTO JUDICIAL DE AVERIGUAÇÃO DA MATERIALIDADE. PRAZO DECADENCIAL DE 30 DIAS (ART. 529 DO CPP). **QUEIXA-CRIME INSTRUÍDA COM PROCURAÇÃO GENÉRICA. REGULARIZAÇÃO EFETUADA APÓS O PRAZO DECADENCIAL.** *WRIT* CONCEDIDO. ORDEM ESTENDIDA AOS DEMAIS QUERELADOS.
1. O conhecimento pelo ofendido da autoria do fato criminoso dá início à contagem do prazo decadencial de 6 meses para a propositura da ação penal privada (art. 38 do CPP); contudo, iniciado procedimento judicial de apuração, em que se objetiva averiguar a autoria ou a materialidade do delito, o prazo decadencial a ser aplicado deve ser o de 30 dias, *ex vi* do art. 529 do CPP.
2. Eventual defeito na representação processual do querelante só pode ser sanada dentro do prazo decadencial que, *in casu*, é de 30 dias a partir da homologação do laudo pericial. Precedentes do STJ e STF.
3. No caso *sub judice*, a publicação da homologação do laudo pericial se deu em 21.07.2006**. Ora, apesar de a ação ter sido ofertada dentro deste prazo (17.08.2006), esta foi instruída com uma procuração com poderes genéricos datada de 2003, sendo regularizada apenas em 18.09.2006, ou seja, fora do prazo decadencial de 30 dias.**
4. *Habeas Corpus* concedido para declarar a extinção da punibilidade do paciente pela ocorrência da decadência (art. 107, IV do CPB) e estendida aos demais querelados, em conformidade com o parecer ministerial. (HC 91.101/RJ, Rel. MIN. NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, QUINTA TURMA, julgado em 17/06/2008, DJe 30/06/2008) Grifo nosso.

Este Tribunal de Justiça também decidiu no mesmo sentido:

> RECURSO EM SENTIDO ESTRITO - REJEIÇÃO DA QUEIXA - IRREGULARIDADE NO INSTRUMENTO PROCURATÓRIO - ART. 44, DO CPP - REQUISITOS - INOBSERVÂNCIA - PRELIMINAR SUSCITADA DE OFÍCIO - VÍCIO NÃO SANADO DURANTE O PRAZO DECADENCIAL - EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE - EXORDIAL REJEITADA.
> I - O exercício do direito de queixa é de seis meses, iniciando-se da data em que o querelante tomou conhecimento da autoria dos crimes (art. 38, CPP).
> II - O oferecimento de queixa-crime deve vir acompanhado de regular instrumento de mandato, passado pelo querelante, contendo todos os elementos previstos no artigo 44 do Código de Processo Penal.
> III - A falha na representação processual pode ser sanada, durante o prazo decadencial. Uma vez decorrido, rejeita-se a exordial acusatória, declarando a extinção da punibilidade pela decadência (art. 107, IV, do CP).
> RECURSO CONHECIDO - PRELIMINAR SUSCITADA *EX OFFICIO* ACOLHIDA - DECADÊNCIA CONFIGURADA - EXAME MERITÓRIO PREJUDICADO. (RSE 53056.2007.8.06.0053/1, Relator Des. Francisco Pedrosa Teixeira, TJCE, 1ª Câmara Criminal, julgado em 11.10.2011).
>
> **Ementa:** PENAL. PROCESSUAL PENAL. RECURSO CRIME EM SENTIDO ESTRITO INTERPOSTO PARA DESAFIAR DECISÃO INTERLOCUTÓRIA MISTA DE REJEIÇÃO DE QUEIXA-CRIME. POSTULAÇÃO ORIGINAL OFERECIDA POR ADVOGADO MUNIDO DE PROCURAÇÃO EM DESACORDO COM AS EXIGÊNCIAS DO ART. 44 DO CPP, CUJOS DEFEITOS NÃO FORAM PONTUALMENTE SANADOS NO PRAZO DO ART. 38 DO MESMO DIPLOMA. AUSÊNCIA DE DISCRIÇÃO DO FATO CRIMINOSO, AINDA QUE DE FORMA SINGELA OU RESUMIDA, NO INSTRUMENTO PROCURATÓRIO. DECADÊNCIA CONFIGURADA. PERECIMENTO DO DIREITO DE QUEIXA. RECURSO EM SENTIDO ESTRITO A QUE SE NEGA PROVIMENTO. (RSE 49142.2000.8.06.0041/1, Relatora Desa. Maria Sirene de Souza Sobreira, TJCE, 2ª Câmara Criminal, julgado em 01.12.2008).

Portanto, havendo o descumprimento ao art. 44 do Código de Processo Penal, não tendo sido sanado o vício dentro do prazo, operou-se a decadência do direito de apresentar queixa, motivo pelo qual não merece qualquer reparo a decisão guerreada.

Diante do exposto, e em consonância com o parecer ministerial, conheço do recurso interposto, porém, para NEGAR-LHE provimento, mantendo integralmente a decisão recorrida.

É como voto.

Fortaleza, 29 de novembro de 2011

Nº 4693-69.2000.8.06.0071/1
RECURSO CRIME EM SENTIDO ESTRITO (de Crato)
RECORRENTE: EDUARDO NOGUEIRA DOS SANTOS
RECORRIDA: JUSTIÇA PÚBLICA
RELATOR: DES. LUIZ GERARDO DE PONTES BRÍGIDO

-Recurso em sentido estrito.
-Pronunciar não é condenar – obviedade ignorada pela defesa – daí que, vazando do sumário prova da materialidade do duplo homicídio e da tentativa de outro, crimes duplamente qualificados, e seguros indícios de autoria, andou de bom aviso o juiz ao decretar a admissibilidade da acusação.
-Comprovada, em incidente próprio, a higidez mental do acusado, repele-se, a curto e pronto, a alegação de que ele, o réu, teria cometido os crimes sem capacidade de discernimento, durante uma crise de sonambulismo, mormente porque "a inimputabilidade não se presume e, para ser acolhida, deve ser provada, em condições de absoluta certeza" (JUTACRIM-SP vol. 43, p. 65). Desprovido à unanimidade.

Vistos, relatados e discutidos.

1 - Enviado a Júri por duplo homicídio e tentativa de outro, crimes qualificados pela futilidade e impossibilidade de defesa das vítimas, o recorrente persegue a despronúncia. Alega, para tanto, que o laudo pericial do manicômio Judiciário, embora negativo quanto a sua, dele, recorrente, inimputabilidade, admite-a, todavia, indiretamente, ao referir que pode ter cometido os delitos sem capacidade de discernimento por causa de sonambulismo patológico. E que o ato admitente da acusação ressente-se de motivação, sendo nulo por cominação judicial, fatores que levam ao cabimento da pretensão recursal. A promotoria rebateu o par de argumentos alinhados pelo recorrente, predicando a confirmação da sua pronúncia, já que certas a autoria e a materialidade dos crimes, além da induvidosa higidez mental do acusado à ocasião dos ilícitos penais. A PGJ, de sua vez, é pelo desprovimento do reclamo, certo, por outro lado, que antes de enviar os autos ao tribunal, a sumariante manteve a pronúncia.

É o relatório.

2 - Na madrugada de 2 de setembro de 1991, na localidade Sítio Barro Branco, Crato, Eduardo Nogueira dos Santos, o "Animal", revoltado pelo fato de que sua esposa, Rita Maria dos Santos, não queria "ganhar o mundo com ele", partiu para cima da mulher, que se encontrava deitada em uma rede, e a esfaqueou no tórax, matando-a. Ato seguinte, o recorrente, em ato de extrema covardia, golpeou o filho, Edinaldo

Nogueira dos Santos, de apenas nove anos, enquanto o infante dormia em uma rede, matando-o com duas facadas no tórax. Continuando a barbárie, o acusado, de faca em riste, arma gotejando sangue, desferiu um golpe na altura do pescoço da filha, Edivânia Nogueira dos Santos, de oitos anos, que também se encontrava dormindo em uma rede, ferimento que, felizmente, não foi suficiente para colocar termo à vida da infortunada criança, socorrida, a tempo, pela polícia. O recorrente, após os cometimentos delitivos, tentou contra a própria vida, esfaqueando-se no tórax e pescoço, sendo socorrido por populares que o conduziram ao hospital da cidade, local em que foi preso, instantes depois, pelos policiais militares que diligenciavam na sua, dele, captura.

O recorrente alega, e absurdamente, que estava "dormindo" no momento dos crimes, por outras, que esfaqueou a mulher, os filhos e a si próprio inconscientemente. Apesar de diagnosticado como sonâmbulo, os expertos confirmaram que ele, o réu, era perfeitamente capaz de entender o caráter ilícito do fato e de determinar-se de acordo com esse entendimento, tanto que, orientado e completamente lúcido, o acusado afirmou ter plena consciência dos delitos praticados o que repele, de pronto, qualquer questionamento acerca da sua higidez mental. Até porque, segundo os peritos, o grau de consciência do acusado, no momento dos crimes, só poderia ser atestado com a presença de uma testemunha, o que não ocorreu. Um aviso ao recorrente: **"a inimputabilidade não se presume e, para ser acolhida, deve ser provada, em condições de absoluta certeza"** (JUTACRIM-SP vol. 43, p. 65).

Liquidado, com a objetividade convinhável, esse tópico do reclamo, passa-se à segunda vertente recursal, de igual, sem pujança jurídica.

Com efeito.

Não é própria à pronúncia, que não é ato de condenação, a utilização de tintas fortes na sua fundamentação. Por sua natureza, saber rasteiro, o ato culminante do judicium accusationis é refratário à exposição pormenorizada das causas que induziram o juiz a aceitar a classificação delitiva consignada na denúncia. Do contrário, de caso pensado, ou não, estaria o magistrado a influir na convicção íntima dos jurados, os únicos que, nos crimes contra a vida, detêm o poder de análise amiudada e valorativa do contexto probatório colhido no sumário da culpa, para, com base nele, confrontar as teses da acusação e da defesa e optar pela mais verossímil, condenando ou absolvendo o incriminado.

Certas as materialidades e a autoria dos delitos, bem salientadas semelhantes circunstâncias no decreto pronunciatório, descobre-se em simples visada que o ato judicial, **"que constitui juízo fundado de suspeita, não o juízo de certeza que se exige para a condenação"** - obviedade ignorada pela defesa - encerra, de resto, motivação suficiente, apreendendo-se razoavelmente o porquê da admissibilidade da imputação penal deduzida pela promotoria (RT 583/352).

3. Do exposto, ACORDA a 1ª CÂMARA CRIMINAL do TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO CEARÁ, à unanimidade, em conhecer do recurso, mas para negar-lhe provimento, nos termos do voto do relator.

Fortaleza, CE, 14 de janeiro de 2008.

ÍNDICE ALFABÉTICO

JURISPRUDÊNCIA CÍVEL

APELAÇÃO CÍVEL

Ação anulatória de cobrança cumulada com reparação de danos – débito de energia elétrica – suposta fraude no medidor – laudo pericial atestando a inexistência de crime – cobrança indevida – danos materiais e morais onfigurados.....120/121.

Ação de cobrança – pretensão fundada em título de propriedade convertido em ações, sem impugnação da parte – direito de uso e gozo de um apartamento de hotel – inexistência de direito à cobrança relativa aos direitos consignados no pacto primitivo.....97/98.

Apelação em sede de embargos à execução – não conhecimento – ausência de pressuposto essencial à sua admissibilidade (cabimento): recurso inadequado (Art. 475-M, § 3º, Primeira Parte, do CPC) – reconhecimento *ex officio* – impossibilidade de aplicação do princípio da fungibilidade – inocorrência de dúvida objetiva sobre qual o recurso cabível - erro grosseiro.....101/103.

Banco – disponibilização de produto – cobrança de tarifa correspondente ao serviço – não concordância do correntista – solicitação de estorno do numerário debitado – não atendimento pelo agente financeiro – composição injusta de mau pagador – inscrição em cadastro de restrição ao crédito de forma indevida – dano moral configurado.....73.

Cédula de crédito industrial – embargos de terceiros – penhora procedida em bem cuja propriedade recai em pessoa jurídica diversa da executada na ação principal – inteligência do disposto no Art. 1.046, do CPC – acerto do julgador de origem ao desconstituir o ato constritivo irregular – sentença confirmada.....140.

Empresa imobiliária – condição de locadora – imissão da posse de imóvel por seus prepostos – ausência de verificação oficial da condição de abandono do imóvel – ato arbitrário e desarrazoado que excedeu os limites fixados em lei – arrombamento por chaveiro contratado - lesão à moral do locatário – indenização vida.....172/173.

Erro médico – exame de biópsia constando expressamente a existência de sarcoma estromal de baixo grau – omissão de diagnóstico perpetrada que ocasionou, posteriormente, a metástase do câncer de colo de útero da apelada para outros órgãos

levando-a à morte – *error in judicando* – inexistente – comprovado o nexo causal entre a conduta médica e o dano suportado pela apelada – danos materiais e morais devidos.....223/225.

Estabelecimento de ensino – rescisão de contrato de aluno em plena terceira etapa do ano letivo – argumentação de que o mesmo não tinha bom desempenho – etapa cujas notas estavam bem melhores – ausência de falta grave disciplinar – ausência de comunicação prévia à família – atentado à Constituição Cidadã de 1988.....127/128.

Execução – embargos de terceiro – matéria de ordem pública – intempestividade – inobservância do prazo estabelecido no Art. 1.048, do CPC - reconhecimento *ex officio* – termo inicial: a partir da ciência inequívoca da constrição judicial – falta de interesse processual em sentido amplo – inadequação procedimental – extinção do feito sem resolução do mérito, nos termos do Art. 267, VI, do CPC.....187/188.

Inquérito policial militar (IPM) – Corregedoria Geral da Polícia Militar, órgão fiscalizador dos procedimentos militares – divulgação de informação contida em documento militar confidencial que causou dano ao investigado – responsabilidade objetiva do Estado – dano moral reconhecido.....89/90.

Liquidação de sentença por arbitramento – danos materiais e morais – ausência de fundamentação da sentença – matéria de ordem pública – efeito translativo – violação do Art. 93, IX, da C.F/88, c/c os Arts. 165 e 458, do CPC – laudo pericial confirmado na íntegra sem motivação – matéria complexa – *quantum debeatur* elevado – nulidade absoluta declarada.....59/61.

Plano de saúde – período de carência – não cumprimento – necessidade de tratamento urgente de internação hospitalar – negativa de assistência médica – cláusula abusiva – descaso no atendimento de paciente - morte de feto – ausência de excludente de ilicitude – dano moral – caracterização.....78/79.

Prestadora de serviço – Telemar – débito do consumidor indevido – manutenção de inscrição em cadastro de restrição ao crédito – erro ocorrido no sistema computadorizado utilizado pela empresa – dano *in re ipsa* – nexo de causalidade e culpa presentes – dever de indenizar.....159.

Previdência privada – suplementação de aposentadoria – redutor etário – ausência de previsão em Lei em sentido formal – fixação em Decreto e Regulamento – impossibilidade – ausência de fonte de custeio – inocorrência – incidência da Lei nº 6.435/77.....32/33.

Previdenciário – ação revisional – auxílio acidente em decorrência de lesão no trabalho – competência da justiça comum para julgar revisão – Art.109, I, da C.F. - renda mensal inicial da aposentadoria – concessão entre 05/10/88 e 05/04/91, cálculos considerando-se os 36 (trinta e seis) salários de contribuição – atualização pela variação do INPC – aplicação dos índices de correção monetária da Lei nº 6.423/77 (ORTN) – incabível.....25.

Produto químico de fins estéticos – vício de produto – aplicação que causou queimaduras na pele da autora – perturbação de ordem moral e necessidade de tratamento das lesões – configuração dos danos moral e material – direito do consumidor – responsabilidade objetiva do fabricante.....199/200.

Propriedade – imissão na posse – imóvel adquirido por leilão realizado pela CEF – ação de nulidade de execução extrajudicial proposta pelo mutuário contra o agente financeiro julgada improcedente e sem direito à retenção das benfeitorias – julgamento antecipado – causa em condição para julgamento – desnecessidade de produção de prova testemunhal – documentação colimada suficiente à resolução da lide – cerceamento de defesa – inocorrência.....219.

Propriedade industrial – concorrência desleal e violação da propriedade – Lei nº 9.279/96 – pedido de registro de marcas semelhantes no INPI – precedência do direito do autor à marca anteriormente depositada.....163/164.

Racismo – informações veiculadas em jornal acerca de suposto cometimento do crime - colisão de normas/princípios – direito fundamental à liberdade e à privacidade – ponderação realizada pelo constituinte originário – prevalência do interesse público na informação processual – exercício da liberdade de imprensa – danos morais – inocorrência.....151/152.

Registro imobiliário – registro realizado em conformidade com a escritura pública firmada – conflito de competência – Vara Cível e de Registro Público – o cumprimento da sentença proferida pelo juízo cível não é da seara de Vara de Registro Público – não há conflito de competência se já existe sentença com trânsito em julgado, proferida por um dos juízos conflitantes – inteligência da súmula 59, do STJ.....115.

Reintegração de posse – preenchimento dos requisitos previstos no Art. 927, do CPC – esbulho possessório decorrente de má-fé – ocorrência – indenização pelas benfeitorias – impossibilidade – benfeitorias de natureza voluptuária.....181.

Servidor municipal – concurso público – homologação do certame e consequente nomeações, posses e exercícios funcionais – proximidade do transcurso do prazo bienal para estabilidade, consoante redação primitiva do Art.41, da C.F/88 - edição de Decreto Municipal declarando nulo o certame público e as nomeações dos respectivos cargos – ausência de processo administrativo – ofensa ao Art. 5º, LV, da C.F/88 – reintegração aos cargos públicos.....37/39.

Servidor público – médico – pretensão de isonomia – aplicação do Decreto Estadual nº 16.732/1984, que fixou o vencimento básico de servidores públicos estaduais em múltiplos de salário mínimo – norma infralegal não recepcionada pela CF/88 – impossibilidade de se aplicar o princípio da isonomia com paradigmas que estejam em situação diversa – aplicação da Súmula nº 339 e da Súmula Vinculante nº 4, ambas do STF – improcedência dos pedidos.....209/210.

Servidor público – nomeação em concurso – prorrogação tácita – observância dos limites do Art. 37, III, da CF/88 - nomeações válidas – respeito aos princípios da igualdade, razoabilidade e boa fé – atos convalidados – ausência de Lei infraconstitucional que regulamente a forma e o tempo do ato de prorrogação de concursos públicos.....143.

Servidor público – remuneração – publicação na rede mundial de computadores (internet) – ofensa à intimidade e privacidade – inocorrência – aplicação dos princípios regentes da administração pública (legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência) – Art. 37, CF/88 - ausência de responsabilidade civil Estatal – dano moral indevido.....133.

Turma recursal – acórdão transitado em julgado extinguindo o feito – novo julgamento pelo juiz do juizado especial – impossibilidade – aplicação do princípio da coisa julgada – sentença nula – subordinação do julgador de primeiro grau ao julgamento da turma recursal.....51.

AGRAVO DE INSTRUMENTO

Ação de execução – preliminar suscitada afastada – determinação de continuidade da execução que ocasione lesão grave e de difícil reparação – cabimento do agravo de instrumento–embargos à execução interpostos antes da vigência das alterações promovidas pela Lei nº 11.382/2006 – suspensão da execução – a alteração do Art. 379, do CPC, não afastou a possibilidade de efeito suspensivo da execução, observados os requisitos fixados naquele dispositivo.....277/278.

Casa de show – funcionamento em perímetro residencial – poluição sonora e degradação ambiental – Art. 3º, III, "A" e "E", da Lei nº 6.938/81 – suspensão das atividades do clube de festa – medida liminar deferida – prevalência do interesse público sobre o privado, ante o princípio da concordância prática.....297.

Certidões da Dívida Ativa – ex-sócios-gerentes que figuram no polo passivo de processo executivo fiscal – ilegitimidade passiva arguida em exceção de pré-executividade – possibilidade – alegada responsabilidade pessoal dos sócios-gerentes pela Fazenda Pública – impossibilidade – ausência de indícios de má-fé.....266/267.

Concurso público – matrícula de candidato em curso de formação para preenchimento de vagas no cargo de soldado da PM – perda superveniente de objeto decorrente do término do curso preparatório, no qual o candidato obteve êxito – inaplicabilidade da teoria do fato consumado – posse e nomeação do aprovado somente com o trânsito em julgado da ação principal.....252.

Contrato bancário – posse do veículo – depósito integral das parcelas contratuais – impossibilidade – consignação apenas dos valores incontroversos – precedentes.....248.

Contrato de financiamento bancário – revisional – deferimento de liminar para exclusão de cadastro de inadimplentes – autorização de depósito de parcelas incontroversas – planilha formulada unilateralmente pelo devedor – ausência de plausibilidade nas alegações manejadas na exordial – contraste com a jurisprudência do TJCe e do STJ – provimento.....260.

Contrato de financiamento bancário – revisional de cláusulas – alegação de nulidade – depósito do valor das parcelas apurado em cálculo unilateral, utilizando-se juros de um porcento ao mês sobre o principal da dívida – pedido de eliminação da capitalização mensal de juros – impossibilidade – Súmula Vinculante nº 7, do STF.....294/295.

Fornecimento de medicamento – direito à saúde – verossimelhança da alegação e fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação – antecipação dos efeitos da tutela jurisdicional – possibilidade – precedentes do STF e do STJ.....243.

Locação de imóvel – despejo por denúncia vazia – apelação recebida no efeito meramente devolutivo – ausência de relevantes fundamentos para concessão de efeito suspensivo excepcional.....283.

Penhora *on line* – Bacen Jud – cumprimento de sentença antes de exauridos outros meios disponíveis para localização de bens susceptíveis de penhora – efetividade e racionalidade da execução – acerto da medida.....289.

Previdenciário – proventos da aposentadoria – alegação de impenhorabilidade por seu caráter alimentar – tese acolhida – medida constritiva incidindo somente sobre determinados valores, excluídos os percebidos como aposentação – outros ganhos estranhos à aposentadoria – possibilidade.....256.

MANDADO DE SEGURANÇA

Decisão do relator que, em sede de Agravo de Instrumento, conferiu efeito suspensivo – irrecorribilidade – Art. 527, CPC – cabimento do Mandado de Segurança unicamente quando se tratar de ato judicial não passível de recurso e revelar-se a decisão teratológica ou manifestamente ilegal – inocorrência – direito líquido e certo – ausência.....305.

Direito à saúde – paciente que necessita do fornecimento de medicamento não previsto em lista oficial – Art. 6º, da Lei nº 8.080/90, e 196, da C.F – normas que garantem a todos o direito à saúde – solidariedade passiva entre União, Estados-membros e Municípios, cabendo ao administrado apontar qual ente público acionará – Art. 23, II, da C.F – violação aos princípios da isonomia e da reserva do possível – inocorrência.....311/312.

Exclusão de dados do Departamento de Serviços Judiciais – órgão responsável pela expedição de Certidão Narrativa – antecedentes criminais – Art. 748, do CPP – reabilitação – direito líquido e certo – precedentes do STJ – segurança concedida.....340.

Hospital – aquisição de medicamentos e materiais – retenção de mercadorias para pagamento de ICMS – ilegitimidade passiva do Secretário da Fazenda – ocorrência - ato administrativo praticado pelo agente fiscal - teoria da encampação – inaplicabilidade – mudança na competência jurisdicional.....333/334.

ICMS - apreensão de mercadorias – alegação de documentos fiscais inidôneos – questão prejudicial examinada de ofício – ilegitimidade passiva do Secretário da Fazenda – teoria da encampação – inaplicabilidade – mudança do polo passivo que enseja alteração na competência jurisdicional.....323.

Policial militar – Conselho de Disciplina – competência para instauração de processos disciplinares – Lei Estadual nº 12.734/97 – atribuição de competência à Corregedoria,

sem retirar a competência inicial conferida pela Lei estadual nº 10.280/79, ao Comandante Geral da Polícia Militar – competência concorrente.....329.

JURISPRUDÊNCIA CRIMINAL

APELAÇÃO CRIME

Crime de receptação qualificada – réu condenado a uma pena de quatro anos de reclusão – trânsito em julgado para a acusação – decorrência de lapso temporal superior a oito anos entre o recebimento da denúncia e a data da publicação da sentença – incidência da prescrição retroativa – aplicação do disposto nos Arts. 107, IV; 109, IV e 110, § 1º, do Código Penal – extinção da punibilidade – decretação de ofício – matéria preliminar.....349.

Estupro – condenação a dose anos de reclusão – regime fechado – suposta ineficácia e insuficiência do conjunto probatório para ensejar a condenação – impossibilidade – conjunto probatório suficiente e coeso para ensejar condenação – alteração *ex officio* do regime prisional de integralmente para inicialmente fechado.....365.

Estupro e atentado violento ao pudor – palavra da vítima – afinidade com o laudo pericial e com a prova testemunhal – manutenção da sentença condenatória.....382.

Furto qualificado – sentença condenatória – julgado que considerou fato anterior ao crime apurado, com condenação posterior, sem o devido trânsito em julgado, para ampliar os antecedentes maculados do recorrente – pedido de redução da pena acatado – estabelecimento do regime aberto e consequente conversão da pena privativa de liberdade em duas penas restritivas de direito.....356.

Homicídio – sentença absolutória – recurso ministerial alegando interferência do Juiz presidente na votação com relação a 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.....384.

Homicídio qualificado e abandono de incapaz – existência de duas versões extraídas do contexto dos autos – manutenção da tese acolhida pelo Conselho de Sentença – princípio constitucional da soberania dos vereditos – novo julgamento impossibilitado – erro quanto à espécie e ao *quantum* da pena fixada no limite máximo para o segundo crime – modificação *ex officio* para adequação à Lei.....369/370.

Homicídio tentado – tese da acusação – decisão do conselho de sentença que acata desclassificação do delito para lesão corporal – acervo probatório que possui elementos que sustentam julgamento – tese escolhida em detrimento de outras – julgamento contrário à prova dos autos – inocorrência – anulação do julgamento – impossibilidade.....360.

Porte ilegal de arma de fogo de uso permitido – Art. 14, da Lei nº 10.826/03 – paciente condenado a dois anos e três meses de reclusão – substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos – possibilidade – requisitos dispostos no Art. 44, do Código Penal – preenchimento.....91.

Roubo qualificado tentado – concurso de agentes e simulação de uso de arma de fogo – grave ameaça configurada - desclassificação para furto simples tentado – impossibilidade – autoria e materialidade demonstradas.....352.

HABEAS CORPUS

Falsificação de documento público – peculatos mediante erro de outrem – frustar ou fraudar licitação e lavagem de dinheiro – quadrilha ou bando – prisão preventiva – revogação – inviabilidade – garantia da ordem pública, da ordem econômica e da instrução criminal – decisão suficientemente fundamentada – gravidade concreta do delito – condições pessoais favoráveis – não conduz a obrigatoriedade da liberdade.....412.

Lesão corporal grave – prisão em flagrante – preso primário e de bons antecedentes – não comprovação de que a soltura do encarcerado representará séria ameaça à garantia da ordem pública, da instrução probatória ou da eventual aplicação da Lei – benefício da liberdade provisória – procedência – coação ilegal caracterizada.....410.

Militar – termo de deserção – arguição acerca da prescrição penal e do estado de saúde do paciente – interesse de agir – ocorrência – possibilidade de prisão do desertor prevista em Lei, independente de sua exclusão do serviço ativo – prescrição da pretensão punitiva Estatal – incidência – requisitos gerais e específicos preenchidos – extinção da punibilidade.....03/404.

Pronúncia – paciente preso em razão da decisão pronunciatória – alegação de garantia da correta instrução criminal e aplicação da Lei Penal – fundamentação inidônea – paciente que respondeu solto durante toda a instrução criminal – ausência de provas suficientes que comprovem sua fuga.....99.

Roubo qualificado – revogação da custódia *ante tempus* do co-réu – circunstâncias de caráter exclusivamente pessoal – não se estendendo ao paciente – possuidor de extensa ficha criminal – reiteração de delitos contra o patrimônio, revelando infrene inclinação à deliquência.....397.

RECURSO CRIME EM SENTIDO ESTRITO

Crimes contra a honra – queixa apresentada por procurador – instrumento de mandato genérico – ausência dos requisitos do Art. 44, do CPP – omissão não sanada dentro do prazo – decadência do direito de ação.....425.

Pronúncia – comprovação da materialidade do duplo homicídio e da tentativa de outro crime – delitos duplamente qualificados – indícios seguros de autoria – admissibilidade da acusação – comprovação da higidez mental do acusado – alegação de cometimento dos crimes sem capacidade de discernimento (sonambulismo) repelida.....429.

Sentença de pronúncia - decisão de cunho declaratório, mero juízo de admissibilidade, não comportando exame aprofundado de provas ou juízo meritório – exclusão de qualificadoras – impossibilidade – competência do Tribunal do Júri.....419.

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, Janeiro de 2012.