

TRIBUNAL DE JUSTIÇA
DO ESTADO DO CEARÁ

Revista de Jurisprudência do Tribunal de Justiça do Ceará

Volume 41 - 2012
Janeiro / Março



ISSN 2175-0874

R. Jurisp. Trib. Justiça Est. Ceará, Fortaleza, v.41, p. 1 - 417, 2012

Revista de Jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará
Volume 41.2011
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. 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 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 Darival 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

Jurisprudência Cível

Apelação Cível.....15/244
Agravo de Instrumento.....247/305
Mandado de Segurança.....309/331

Jurisprudência Criminal

Apelação Crime.....337/362
Habeas Corpus.....365/384
Recurso Crime em Sentido Estrito.....387/408
Índice Alfabético.....409/417

Jurisprudência Cível

APELAÇÃO CÍVEL

PROCESSO Nº 2000.0012.4167-3/0.
APELAÇÃO CÍVEL E REMESSA *EX OFFICIO*.
RECORRENTE: JUIZ DE DIREITO DA 1ª VARA DA FAZENDA PÚBLICA.
APELANTE: ESTADO DO CEARÁ.
APELADO: JOÃO OSMAR SANTOS PAIVA.
RELATOR: DES. FERNANDO LUIZ XIMENES ROCHA.

APELAÇÃO CÍVEL E REMESSA OBRIGATÓRIA. AUSÊNCIA DE REBATE AOS TERMOS DA SENTENÇA RECORRIDA. APLICAÇÃO ANALÓGICA DAS SÚMULAS Nº 182 DO STJ E Nº 283 DO STF. APELAÇÃO PARCIALMENTE CONHECIDA. SENTENÇA CONFIRMADA EM REEXAME NECESSÁRIO.

1. Ilegitimidade passiva do Estado do Ceará. Fundação integrante da Administração Indireta. Personalidade jurídica própria. Porém, a novel disciplina normativa estadual atesta inexistir referida entidade, a qual foi incorporada pela atual Secretaria do Trabalho e Desenvolvimento Social (STDS). Manutenção do ente político no polo passivo da demanda (art. 462 do Código de Processo Civil).

2. A subsistir fundamento meritório autônomo na decisão recorrida, não impugnado no recurso, não é de se conhecer deste naquilo em que se tangencia de adversar especificamente a sentença *a quo*. Inteligência das Súmulas nº 182 do Superior Tribunal de Justiça, e nº 283 do Supremo Tribunal Federal.

3. Reexame necessário. A incorporação de vantagem pessoal por força do art. 2º da Lei nº 11.171/1986, então vigente, não tem o efeito de alterar-lhe a natureza originária, transmudando-a em vencimento, mas apenas o de assegurar-lhe tratamento equivalente ao do vencimento-base (RExtr nº 141788/CE, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJ de 18.06.1993), motivo pelo qual imperiosa a incidência, sobre essa particular parcela, dos aumentos lineares concedidos a todos os servidores públicos estaduais.

4. Apelação parcialmente conhecida e, nessa parte, desprovida. Remessa necessária efetuada para confirmar a sentença prolatada.

ACÓRDÃO

Acordam os integrantes da Primeira Câmara Cível do Tribunal de Justiça

do Estado do Ceará, por uma de suas Turmas, unanimemente, em conhecer parcialmente do apelo tão somente para rejeitar a preliminar de ilegitimidade *ad causam*, e, ainda, proceder ao reexame necessário, confirmando, no mérito, a sentença revisanda, nos termos do voto do Relator.

Fortaleza (CE), 06 de julho de 2009.

RELATÓRIO

Cuidam os presentes autos de remessa obrigatória interposta pelo MM. Juiz de Direito da 1ª Vara da Fazenda Pública desta Comarca, bem como de apelo manejado pelo Estado do Ceará, contra decisório de fls. 142-7, no qual foi julgado procedente o pedido do autor, para o fim de "determinar que os réus procedam a atualização do valor da gratificação de vantagem pessoal do Requerente, a partir de julho/90, quando procedeu o seu congelamento, com base nos aumentos vencimentais verificados de lá para cá, efetuando o pagamento do atrasado acrescido de juros e correção monetária. Condeno-os, ainda, no pagamento das custas processuais e honorários advocatícios à razão de dez por cento (10%) sobre o valor apurado na execução deste julgado" (fl. 147).

Irresignado com mencionado decisório (fls. 150-8), o apelante aduziu: *(a)* ilegitimidade passiva, uma vez que a outra demandada — Fundação da Ação Social (FAS) — teria personalidade jurídica própria; *(b)* a atualização do valor da gratificação de exercício do cargo de Secretário Municipal de Administração, pugnada pelo apelado, sempre que houver aumento de referida verba para os posteriores ocupantes da pasta, feriria a autonomia do ente estadual, uma vez que não se trata de verba concedida por este último ente federativo, violando-se, outrossim, a vedação de vinculação ou equiparação de vencimentos para efeito de remuneração (art. 37, XIII, CF).

Houve complementação do *decisum* com o julgamento de embargos declaratórios para retificar a parte dispositiva da sentença, fazendo-se constar a ordem de "que o Estado do Ceará através da Fundação da Ação Social – FAS, Autarquia onde o Autor é lotado, proceda a atualização do valor da gratificação de vantagem pessoal do Requerente, a partir de julho/90, quando procedeu ao seu congelamento, com base nas majorações vencimentais verificadas de julho/90 para cá, observando-se os mesmos percentuais e épocas das respectivas majorações salariais em favor dos demais servidores do Estado, cabendo a FAS efetuar o pagamento dos atrasados acrescidos de juros e correção monetária. Condeno-a ainda ao pagamento das custas processuais e honorários advocatícios à razão de dez por cento (10%) sobre o valor apurado na execução deste julgado" (fl. 166).

Ratificação do apelo (fl. 169).

Contra-razões às fls. 172-7.

A Procuradoria Geral de Justiça lançou parecer às fls. 190-4, manifestando-se pelo desprovimento da devolução obrigatória e da apelação.

Redistribuído o feito em virtude da assunção do excelentíssimo Desembargador Ernani Barreira Porto à Presidência desta Corte de Justiça (fls. 202-3).

É o relatório.

VOTO

Presentes os pressupostos de admissibilidade, conheço da apelação.

Quanto à preliminar do apelo, pertinente à ilegitimidade passiva do Estado do Ceará, uma vez que a outra demandada —Fundação da Ação Social (FAS) — teria existência e personalidade jurídica próprias e autonomia financeira, tenho a destacar que não merece acolhida no caso em tablado, haja vista que a entidade de que se cuida não mais subsiste a partir da Lei estadual nº 12.961/1999, regulamentada pelo Decreto nº 25.706/1999, pois sua estrutura organizacional foi absorvida pela Secretaria de Trabalho e Ação Social (atual Secretaria do Trabalho e Desenvolvimento Social - STDS), inclusive com a extinção do quadro de servidores daquela fundação (Decreto nº 25.696/1999), os quais passaram a ser lotados na mencionada Secretaria.

Dessarte, o novel panorama fático-normativo existente após o ajuizamento da ação denota a necessidade de manutenção do Estado do Ceará no polo passivo da ação, a teor do art. 462 do Código de Processo Civil[1], motivo pelo qual rejeito a preliminar.

Tocante ao *meritum causae*, volta-se o ente estatal contra pretensa ordem de aumento da verba de representação referente ao cargo de Secretário Municipal de Administração, adicionada aos vencimentos do apelado, sob a qualificação de vantagem pessoal, sempre que tal ocorra para os posteriores ocupantes dessa Pasta (nos moldes determinados pelo art. 4º da Lei estadual nº 11.847/1991), pois tal feriria a autonomia estadual, violando-se, igualmente, a vedação de vinculação ou equiparação de vencimentos para efeito de remuneração (art. 37, XIII, CF/88).

Além do mais, alegou o recorrente que o Supremo Tribunal Federal, em sede de Representação nº 1.391, havia declarado inconstitucional aquela regra legislativa que daria azo a tal requesto.

Acontece que o juiz singular não impôs tal obrigação (pleito principal), mas sim que sobre referida verba de representação incorporada incidissem aumentos nos mesmos percentuais e épocas das respectivas majorações salariais em favor dos servidores do Estado (pedido sucessivo), uma vez que a manutenção do valor nominal daquela quantia, conforme comprovado à fl. 16, importaria decesso remuneratório vedado pelo ordenamento jurídico pátrio (fls. 145 e 166).

Por conseguinte, subsistindo inatacado aquele fundamento da decisão

1 Art. 462 - Se, depois da propositura da ação, algum fato constitutivo, modificativo ou extintivo do direito influir no julgamento da lide, caberá ao juiz tomá-lo em consideração, de ofício ou a requerimento da parte, no momento de proferir a sentença.

impugnada, não deve, no ponto, ser conhecida a apelação, com suporte nas Súmulas nº 182 do Superior Tribunal de Justiça e 283 do Supremo Tribunal Federal, *mutatis mutandis,* aplicáveis à espécie:

> Súmula 182, STJ - É inviável o agravo do art. 545 do CPC que deixa de atacar especificamente os fundamentos da decisão agravada.
>
> Súmula 283, STF - É inadmissível o recurso extraordinário, quando a decisão recorrida assenta em mais de um fundamento suficiente e o recurso não abrange todos eles.

Em reexame necessário (art. 475, I, do CPC), passo a analisar o feito quanto ao mérito da demanda, uma vez que a questão atinente à legitimidade de parte restou superada, como acima visto.

A Lei estadual nº 11.171/1986, em seus arts. 2º, *caput* e §2º, e 4º, previa, *verbis*:

> Art. 2º. O servidor da Administração Direta e das Autarquias do Estado, bem como o magistrado, que contar 08 (oito) anos completos, consecutivos ou não, de exercício de cargo em comissão ou direção ou função gratificada, no Sistema Administrativo Estadual ou de Prefeitura Municipal de Fortaleza, bem como nas Sociedades de Economia Mista e Empresas Públicas Estaduais, terão adicionada ao vencimento do seu cargo de caráter efetivo ou vitalício, como Vantagem Pessoal, importância igual à vantagem de maior vantagem percebida em qualquer dos cargos ou funções exercidos, pelo período mínimo de 10 (dez) meses, em quaisquer dos órgãos referidos neste artigo.
> (…)
> §2º. Os servidores das Empresas Públicas, das Sociedades de Economia Mista, integrantes da administração indireta do Estado, bem como das Fundações instituídas e mantidas pelo Estado do Ceará, são também beneficiários da vantagem Pessoal a que se refere a presente lei, devendo a Administração dos mencionados entes, adotar as providências administrativas internas para a sua implementação, respeitados os limites e as exigências deste artigo.(destacou-se)
>
> Art. 4º. A Vantagem Pessoal a que se refere o art. 1º desta lei, é considerada Gratificação fixa, não podendo ser percebida cumulativamente com a Representação de cargo em comissão, Função Gratificada ou Gratificação de Gabinete e será atualizada toda vez que houver aumento de Representação atribuída ao cargo pelo exercício de cujas funções houver o servidor a ela feito jus.

Referida norma legal, conhecida como *Lei Geni,* foi submetida ao crivo da Excelsa Corte em sede de Representação de Inconstitucionalidade n° 1.391/CE (STF, Relator Min. Célio Borja, DJU 27.10.1988, pág. 27927).

A ação foi julgada parcialmente procedente, excluindo-se do texto normativo as expressões "bem como o magistrado" (art. 2º, *caput*); "ou o magistrado" (art. 2º, §1º); "das Empresas Públicas, das Sociedades de Economia Mista, integrantes da administração indireta do Estado, bem como" (art. 2º, §2º); "e será atualizada toda vez que houver aumento de Representação atribuída ao cargo pelo exercício de cujas funções houver o servidor a ela feito jus" (art. 4º).

Verifica-se, pois, que a adição da representação da função gratificada ao vencimento dos servidores das fundações mantidas pelo Poder Público, garantida por força do §2º do art. 2º da Lei estadual nº 11.171/1986, restou indene ao controle de constitucionalidade, mas a atualização automática dessa rubrica, como visto, foi declarada nula.

In casu, não obstante tenha sido extinto o quadro de pessoal da FAS, com sua absorção pela Secretaria de Trabalho e Ação Social (atual Secretaria do Trabalho e Desenvolvimento Social — STDS), o apelado, então integrante daquela fundação, já tinha adimplido todos os requisitos para fruição de dita incorporação, a qual, portanto, configura direito adquirido, independentemente do órgão de que faça parte atualmente.

Tanto assim que, nestes autos, não há controvérsia acerca disso, mas apenas se propalada rubrica deve ter seu valor nominal inalterado, ou se, ao revés, sobre ela incidem os aumentos lineares concedidos a todos os servidores públicos estaduais, conforme decidido na sentença revisanda.

Avulta-se a importância dessa questão porque, no julgamento da Representação de Inconstitucionalidade nº 1391/CE, conforme mencionado alhures, foi expungida do art. 4º da Lei estadual nº 11.171/1986, a única forma de atualização dessa quantia, considerada por esse mesmo dispositivo como gratificação fixa. Colho trecho do voto do e. Min. Célio Borja:

> Quanto ao art. 4º., suprimidas as expressões referentes à atualização da vantagem pessoal, remanesce a norma inicial do mesmo dispositivo, com o seguinte teor:
> "*A vantagem pessoal a que se refere o artigo 1º desta lei, é considerada gratificação fixa, não podendo ser percebida cumulativamente com a Representação de cargo em comissão, Função Gratificada ou Gratificação de Gabinete*".
> Não há aí inconstitucionalidade." (grifou-se)

A ausência de legislação local a propósito da atualização da verba em comento não passou despercebida por este Tribunal de Justiça. Veja-se:

> MANDADO DE SEGURANÇA — PEDIDO DE REAJUSTE DE VANTAGEM PESSOAL INCORPORADA — IMPOSSIBILIDADE — VEDAÇÃO CONTIDA NO ARTIGO 98, PARÁGRAFO ÚNICO, DA CONSTITUIÇÃO DE 1967 E NO ARTIGO 37, INCISO XIII, DA VIGENTE CONSTITUIÇÃO (CF/88) — PARCELA INCORPORADA

> COMO VANTAGEM PESSOAL QUE NÃO PODE SE VINCULAR A REAJUSTES CONCEDIDOS AOS VALORES DE GRATIFICAÇÕES DESTINADAS A OCUPANTES DE CARGO EM COMISSÃO. AUSÊNCIA DE AUTORIZAÇÃO LEGAL EXPRESSA PARA QUE SE POSSA DECIDIR DE OUTRA FORMA. INOCORRÊNCIA DE REDUÇÃO NO VALOR NOMINAL DA REPRESENTAÇÃO INCORPORADA — SEGURANÇA DENEGADA. (TJCE. Pleno. Mandado de Segurança nº 2005.0017.8957-2/0. Relª. Desª. Huguette Braquehais. DJCe de 05.06.2008, pág. 04)

Assim, a um primeiro lanço, conforme o precedente acima enumerado, deveria referida gratificação permanecer com o seu valor fixo, conforme definido na própria lei que a instituiu.

Não desconheço inúmeros julgados desta Corte estadual no sentido de que tais quantias, por integrarem o vencimento dos servidores, sofreriam *ipso facto* aumentos lineares estendidos a todas as categorias daqueles, indistintamente.

Nesse sentido: **Mandado de Segurança nº 2003.0012.1703-3/0**, Rel. Des. Antônio Abelardo Benevides Moraes, DJCe de 21.02.2008, pág. 11; **Mandado de Segurança nº 2003.0008.7137-6/0,** Pleno, Rel. Des. José Arísio Lopes da Costa, DJCe de 30.08.2007, pág. 10; **Mandado de Segurança nº 2005.0009.6660-8/0**, Pleno, Rel. Des. Francisco Haroldo Rodrigues de Albuquerque, DJCe de 06.08.2008, pág. 02; **Embargos de Declaração em Mandado de Segurança nº 2005.0004.8896-0/1**, Pleno, Rel. Des. Francisco Haroldo Rodrigues de Albuquerque, DJCe de 27.07.207, pág. 01; **Mandado de Segurança nº 2003.0001.0882-6/0**, Pleno, Rel. Des. Francisco Haroldo Rodrigues de Albuquerque, DJCe de 21.05.2008, pág. 18; **Mandado de Segurança nº 2002.0001.0017-7/0**, Pleno, Rel. Des. João de Deus Barros Bringel, DJCe de 12.04.2004, pág. 14; dentre outros.

Porém, deles divirjo, pois ditas vantagens financeiras não decorrem do exercício do cargo efetivamente ocupado pelo beneficiário desse direito, para que, com isso, fizessem parte do vencimento dos seus titulares, mas sim decorrem do exercício de função pretérita.

Com efeito, leciona José dos Santos Carvalho Filho que: "Vencimento é a retribuição pecuniária que o servidor percebe pelo exercício de seu cargo, conforme a correta conceituação prevista no estatuto funcional federal (art. 40, Lei 8.112/90). Emprega-se ainda no mesmo sentido vencimento-base ou vencimento-padrão. Essa retribuição se relaciona diretamente com o cargo ocupado pelo servidor: todo cargo tem seu vencimento previamente estipulado." (Manual de Direito Administrativo. 17ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, pág. 623).

Além disso, importante perceber que se a vantagem pessoal integrasse o vencimento, já estaria submetida ao teto desde a redação originária do art. 37, XI, da

Carta da República[1], o que, porém, não ocorria, conforme sedimentado entendimento pretoriano[2], razão de a Emenda Constitucional nº 19/1998 conferir nova redação ao dispositivo mencionado para, ente outros fins, submeter literalmente ao teto fixado qualquer vantagem pessoal[3].

Em arremate, acaso a rubrica analisada nestes autos estivesse incorporada aos vencimentos de quem a percebe, não precisaria o art. 6º da Lei estadual nº 11.171/1986[4] determinar que aquela integraria este para fins exclusivos de base de cálculo de determinadas gratificações.

Portanto, contrariamente ao citado nos mencionados precedentes deste Tribunal, ditas vantagens pessoais não foram incorporadas ao vencimento-base, mas sim a ele adicionadas, por expressa previsão do art. 2º da Lei estadual nº 11.171/1986, que diz: "... terão adicionada ao vencimento do seu cargo de caráter efetivo ou vitalício...".

Dessarte, não sendo vencimento, tampouco a ele incorporado, nem havendo previsão legal de aplicação de aumentos lineares, descaberia ao apelado a pleiteada revisão geral concedida aos servidores estaduais.

No entanto, a despeito do acima esposado, a vantagem pessoal em apreço não pode ficar estanque no tempo, ao contrário do que entendeu a Procuradoria-Geral do Estado em seu parecer normativo (fls. 16-20), sob pena de, paulatinamente, perder seu valor, importando redução remuneratória, esvaziando por completo a obrigação do Estado (*cf.* AI nº 161.540-1/SC. Rel. Min. Marco Aurélio. DJU de 21.09.1994, p. 24932), tampouco pode ser absorvida por futuros aumentos atribuídos à categoria funcional do apelado, à míngua de determinação legal nesse aspecto.

---

1 Art. 37. (…) XI - a lei fixará o limite máximo e a relação de valores entre a maior e a menor remuneração dos servidores públicos, observados, como limites máximos e no âmbito dos respectivos poderes, **os valores percebidos como remuneração**, em espécie, a qualquer título, por membros do Congresso Nacional, Ministros de Estado e Ministros do Supremo Tribunal Federal e seus correspondentes nos Estados, no Distrito Federal e nos Territórios, e, nos Municípios, os valores percebidos como remuneração, em espécie, pelo Prefeito;

2 Conferir, dentre outros: **RE 141788/CE**, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJU de 18.06.1993, **RE 285706/RJ**, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJU de 26.04.2002, pág. 80; **RE 199374/SC**, Rel. Min. Maurício Corrêa, DJU de 29.06.2001, pág. 56.

3 Art. 37. (…) XI - a remuneração e o subsídio dos ocupantes de cargos, funções e empregos públicos da administração direta, autárquica e fundacional, dos membros de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, dos detentores de mandato eletivo e dos demais agentes políticos e os proventos, pensões ou outra espécie remuneratória, percebidos cumulativamente ou não, **incluídas as vantagens pessoais** ou de qualquer outra natureza, não poderão exceder o subsídio mensal, em espécie, dos Ministros do Supremo Tribunal Federal;

4 Art. 6º. A Vantagem Pessoal a que se refere este Diploma, integra o vencimento básico para a base de cálculo da Gratificação prevista na Lei nº 10.636, de 15 de abril de 1982, e nos §§1º e 2º do artigo 10 da Lei nº 10.206, de 20 de setembro de 1978, com a redação dada pelo art. 26 da Lei nº 10.536, de 02 de julho de 1981, Lei nº 10.823, de 22 de julho de 1983, e será incorporada aos proventos de aposentadoria, apenas nos casos dos itens II e III do art. 152 da Lei nº 9.826, de 14 de maio de 1974. (...)

Nada obstante não seja propriamente "vencimento", a ele equipara-se. Nesse sentido, veja-se preciosa lição do Min. Sepúlveda Pertence por ocasião do julgamento do Recurso Extraordinário nº 141788/CE (DJU de 18.06.1993), no qual analisou a vantagem de que cuida a Lei estadual nº 11.171/1986: "...constitui vantagem pessoal, e não vencimento, a retribuição percebida pelo titular de um cargo, não em razão do exercício dele, mas, sim, em virtude do exercício anterior de cargo diverso; a chamada incorporação ao vencimento da parcela correspondente não tem o efeito de alterar-lhe a natureza originária, transmudando-a em vencimento, mas apenas o de assegurar-lhe tratamento equivalente ao do vencimento-base, assim por exemplo, para somar-se a esse e compor a base de cálculo de outras vantagens, que sobre ele devam ser calculados, ou para a aferição do valor dos proventos da aposentadoria ...".

Com isso, não importando a vantagem pessoal em vencimento, mas sendo a este equiparada, imperiosa a incidência, sobre essa particular parcela, dos aumentos lineares concedidos a todos os servidores públicos estaduais, sob pena de se verificar, ao longo do tempo, redutibilidade vencimental.

Por todo o exposto, conheço parcialmente da apelação, tão somente para rejeitar a preliminar de ilegitimidade passiva *ad causam.* Remessa necessária efetuada, quanto ao mérito, para confirmar a sentença em reexame.

É como voto.

PROCESSO Nº 2000.0014.7524-0/0.
APELAÇÃO CÍVEL.
APELANTE: DEPARTAMENTO ESTADUAL DE TRÂNSITO - DETRAN.
APELADO: MOACIR PEREIRA ALVES.
RELATOR: DESEMBARGADOR FERNANDO LUIZ XIMENES ROCHA.

EMENTA: CONSTITUCIONAL E PROCESSUAL CIVIL. APELAÇÃO E REEXAME OBRIGATÓRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. RETENÇÃO DA CARTEIRA NACIONAL DE HABILITAÇÃO. SENTENÇA *EXTRA PETITA*. APRECIAÇÃO, DE OFÍCIO, DO MÉRITO DA CAUSA (CPC, ART. 249, §2º). VIOLAÇÃO AO DEVIDO PROCESSO LEGAL. NÃO CONFIGURAÇÃO.

1. O princípio da congruência (CPC, art. 460) é mátéria de ordem pública, cuja violação decorrente de julgamento *extra petita* é cognoscível de ofício pelo Tribunal *ad quem*, o qual, todavia, deve adentrar, de logo, o mérito da causa quando a resolução deste beneficiar a parte a quem a declaração do vício aproveita.
2. O recolhimento da Carteira Nacional de Habilitação, previsto no art. 165 do Código de Trânsito Brasileiro, é medida administrativa e, como tal, destituída do caráter punitivo de que se reveste a penalidade de suspensão do direito de dirigir constante do mesmo preceptivo, razão por que a aplicação daquela sem prévio processo administrativo não acarreta afronta ao devido processo legal.
3. Reexame obrigatório provido para denegar a segurança, prejudicada a análise da apelação.

ACÓRDÃO

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

Fortaleza, 14 de outubro de 2009.

RELATÓRIO

Cuida-se de apelação interposta em face da sentença que, em sede de mandado de segurança, determinou a devolução da carteira de habilitação do recorrido (fls. 72-7).

Alega o insurgente que o exame de teor alcoólico realizado no impetrante aferiu quantidade suficiente à caracterização do estado de embriaguez, cuja rejeição pelo decisório singular revela-se inconsistente sobretudo porque não esclarecida a origem da tabela de dados considerada pelo julgador.

Confirma, outrossim, o teor das informações prestadas no writ, afirmando a ausência de violação ao devido processo legal.

Contrarrazões às fls. 98-106.

Instada a se manifestar, a Procuradoria Geral de Justiça pronunciou-se pela manutenção do decisório.

É o relatório.

VOTO

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

Compulsando os autos, extrai-se da exordial que o recorrido, em momento algum, questiona a caracterização do estado de embriaguez aferido no instante em que foi autuado, insurgindo-se unicamente contra a retenção de sua carteira nacional de habilitação sem prévia instauração de processo administrativo, por entender restar configurada violação ao devido processo legal ante a previsão do art. 265 do Código de Trânsito Brasileiro.

Confira-se a fundamentação da afronta ao direito líquido e certo suscitado, *verbis*:

> No caso em tela, verifica-se a infringência do preceito constitucional do **devido processo legal, da ampla defesa e do contraditório**, eis que ao Impetrante foi aplicada a medida administrativa (apreensão da carteira nacional de habilitação) capitulada no CTB – Art. 165, por conseqüência a suspensão do seu direito de dirigir sem que fosse instaurado o devido processo administrativo; assegurada a ampla defesa e sem decisão fudamentada da autoridade competente, conforme determina o CTB – Art. 265, após o regular processo legal. (fl. 5)

Nada obstante, o juízo *a quo*, sem efetuar qualquer análise da causa de pedir discriminada pelo autor, ateve-se à regularidade do teste, reportando-se a uma

tabela de origem não esclarecida para conceder a segurança, ordenando a devolução da carteira de habilitação do suplicante.

Tais circunstâncias evidenciam a infringência aos arts. 128 e 460 do CPC [1], sobretudo no que tange ao conhecimento pelo julgador de questão não suscitada pela parte.

Trata-se, *in casu*, de nulidade cognoscível de ofício em sede de reexame obrigatório.

Nesse sentido é o posicionamento do Superior Tribunal de Justiça, *verbis*:

> PROCESSUAL CIVIL. SENTENÇA ULTRA PETITA. NULIDADE. DECRETAÇÃO *EX OFFICIO*. POSSIBILIDADE. ECONOMIA PROCESSUAL. ADEQUAÇÃO AOS LIMITES DO PEDIDO.
> 1. A sentença *ultra petita* é nula, e por se tratar de nulidade absoluta, pode ser decretada de ofício. Contudo, em nome do princípio da economia processual, quando possível, a decisão deve ser anulada apenas na parte que extrapola o pedido formulado. Precedente.
> 2. Recurso especial conhecido em parte. (REsp 263829/SP – Rel. Min. Fernando Gonçalves – DJ 18.02.2002 – P. 526).

Sobre o tema, trago à colação os seguintes arestos deste Tribunal de Justiça:

> EMENTA: PROCESSO CIVIL E ADMINISTRATIVO. REEXAME NECESSÁRIO E APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO ORDINÁRIA. POLICIAL MILITAR. PROMOÇÃO. SENTENÇA ULTRA E EXTRA PETITA. NÃO RECONHECIMENTO DE OFÍCIO. ELEMENTOS SUFICIENTES À ANÁLISE DE MÉRITO. ÔNUS DA PROVA. AUSÊNCIA DE PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS ESTABELECIDOS EM LEI. IMPROCEDÊNCIA DO PEDIDO. RECURSOS CONHECIDOS E PROVIDOS. SENTENÇA REFORMADA. 1. Sentença ultra e extra petita. Vícios que devem ser reconhecidos de ofício. Contudo, na medida em que os elementos dos autos são suficientes, como no caso em reexame, os princípios da economia, celeridade e efetividade da jurisdição, autorizam o julgamento da lide em seu mérito. 2. Preliminar de nulidade processual. Ausência de prejuízo da parte interessada. Inteligência do art. 249, §§ 1º e 2º, do Código de Processo Civil […] (Apelação Cível nº 2005.0027.1071-6/1 – Rel. Des. Antônio Abelardo Benevides Moraes – DJ. 25.3.2009 – P. 35).

> DIREITO ADMINISTRATIVO - APELAÇÃO CÍVEL E REMESSA OBRIGATÓRIA - SENTENÇA DETERMINANDO A INCLUSÃO NO QUADRO DE ACESSO DA CORPORAÇÃO CASTRENSE - JULGAMENTO *EXTRA PETITA* - OCORRÊNCIA DE NULIDADE VERIFICÁVEL *EX OFFICIO* - RECURSO PREJUDICADO: I - É defeso ao magistrado, a teor do art. 460 do CPC, julgar fora do que foi postulado, sob pena de ser decretada nula a sentença exarada. II - Nulidade da sentença de primeiro grau que deferiu a inclusão ao quadro de acesso e não as promoções requeridas, incorrendo julgamento *extra petita*, verificável *ex*

> *officio*. III - Julgamento extra petita. IV - Apelo prejudicado, nulidade da sentença observada em sede de remessa necessária. V - Retorno dos autos ao juízo singular, a fim de outro julgamento seja proferido. V - *Nemine Discrepante*. (Apelação Cível nº 2005.0014.3364-6/1 – Rela. Desa. Maria Celeste Thomaz de Aragão - DJ. 13.8.2008 – P. 23).

A despeito disso, no caso concreto, a causa pode ser resolvida em prol do apelante, razão por que, com esteio no art. 249, §2º, do CPC [2], deixo de declarar a nulidade em apreço, passando, de logo, à análise do objeto da lide.

O art. 165 do Código de Trânsito Brasileiro estabelece, *verbis*:

> Art. 165. Dirigir sob a influência de álcool ou de qualquer substância entorpecente ou que determine dependência física ou psíquica:
> Infração – gravíssima;
> Penalidade – multa (cinco vezes) e suspensão do direito de dirigir;
> Medida administrativa – retenção do veículo até a apresentação de condutor habilitado e recolhimento do documento de habilitação.

Dessumem-se do preceptivo consequências inconfundíveis aplicáveis à infração supratranscrita: a primeira, de caráter punitivo, representada pela *penalidade* de multa e suspensão do direito de dirigir; a segunda, atinente à *medida administrativa* de retenção do veículo até a apresentação de condutor habilitado e recolhimento do documento de habilitação.

A distinção entre citadas figuras jurídicas - extraída, inicialmente, da própria previsão em capítulos autônomos (XVI e XVII) na Lei nº 9.503/1997 -, é esclarecida pela doutrina de José dos Santos Carvalho Filho nos termos seguintes:

> Sanção administrativa é o ato punitivo que o ordenamento jurídico prevê como resultado de uma infração administratriva, suscetível de ser aplicado por órgãos da Administração.
>
> Se a sanção resulta do exercício do poder de polícia, qualificar-se-á como ***sanção de polícia*** [...]
>
> Modernamente, tem sido feita – corretamente, diga-se de passagem – distinção entre *sanções de polícia* e *medidas de polícia*. Sanções são aquelas que espelham uma punição efetivamente aplicada à pessoa que houver infringido a norma administrativa, ao passo que medidas são as providências administrativas que, embora não representando punição direta, decorrem do cometimento de infração ou do risco em que esta seja praticada […] (cf. *Manual de Direito Administrativo*. 22ª edição. Rio Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 88-9).

Em nota de rodapé, especifica o autor:

> 63. O Código de Trânsito Brasileiro, por exemplo, distingue ***penalidades*** (que, logicamente, é o mesmo que ***sanções***), como a advertência, a

> multa, a suspensão do direito de dirigir etc (art. 256, I a VII), de ***medidas administrativas***, tais como a retenção e remoção do veículo, o recolhimento da carteira de habilitação, a realização de teste de dosagem de alcoolemia etc. (art. 269, I a X). (*op. cit.*, p. 89)

Assim, a penalidade, por ensejar gravame ao patrimônio jurídico do condutor de veículo automotor pressupõe a deflagração precedente de procedimento sob o crivo do contraditório e da ampla defesa, nos termos do art. 265 do Código de Trânsito Brasileiro, o qual é prescindível para a incidência da medida administrativa (art. 269, do CTB) por representar instrumento de polícia administrativa, que, sem suprimir qualquer direito do administrado, visa ao resguardo de interesses da coletividade, com prevalência da vida e da incolumidade pública [3].

Sob tais fundamentos é que a medida administrativa de recolhimento da Carteira Nacional de Habilitação, prevista no art. 165 do CTB já mencionado, não pode ser confundida com o ato punitivo de suspensão do direito de dirigir, como sugerido na preambular, razão por que a falta de processo administrativo, no caso concreto, não acarreta afronta ao devido processo legal.

Do exposto, dou provimento ao reexame obrigatório para denegar a segurança, restando, no caso, prejudicado o exame da apelação.

É como voto.

---

[1] CPC, Art. 128. O juiz decidirá a lide nos limites em que proposta, sendo-lhe defeso conhecer de questões, não suscitadas, a cujo respeito a lei exige a iniciativa da parte.
CPC, Art. 460. É defeso ao juiz proferir sentença, a favor do autor, de natureza diversa da pedida, bem como condenar o réu em quantidade superior ou em objeto diverso do que lhe foi demandado.
[2] CPC, Art. 249. O juiz, ao pronunciar a nulidade, declarará que atos são atingidos, ordenando as providências necessárias, a fim de que sejam repetidos, ou retificados.
[…]
§2º. Quando puder decidir do mérito a favor da parte a quem aproveite a declaração da nulidade, o juiz não a pronunciará nem mandará repetir o ato, ou suprir-lhe a falta.
[3] CTB, Art. 265. As penalidades de suspensão do direito de dirigir e de cassação do documento de habilitação serão aplicadas por decisão fundamentada da autoridade de trânsito competente, em processo administrativo, assegurado ao infrator amplo direito de defesa.
CTB, Art. 269. A autoridade de trânsito ou seus agentes, na esfera das competências estabelecidas neste Código e dentro de sua circunscrição, deverá adotar as seguintes medidas administrativas:
I- omissis …
III – recolhimento da Carteira Nacional de Habilitação
§1º. A ordem, o consentimento, a fiscalização, as medidas administrativas e coercitivas adotadas pelas autoridades de trânsito e seus agentes terão por objeto prioritário a proteção à vida e à incolumidade física da pessoa.
§2º. As medidas administrativas previstas neste artigo não elidem a aplicação das penalidades impostas por infrações estabelecidas neste Código, possuindo caráter complementar a estas.

PROCESSO Nº 0001009-06.2010.8.06.0001/1 CONEXO AO PROCESSO Nº 0412144-47.2010.8.06.0001/1
REEXAME E APELAÇÕES CÍVEIS DA COMARCA DE FORTALEZA
REMETENTE: JUÍZO DA 7ª VARA DA FAZENDA PÚBLICA
APELANTE: ESTADO DO CEARÁ
APELADA: CINTYA DE OLIVEIRA ABUD
ÓRGÃO JULGADOR: 3ª CÂMARA CÍVEL
RELATOR: DES. FRANCISCO GLADYSON PONTES

EMENTA: CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. REEXAME NECESSÁRIO. APELAÇÕES CÍVEIS EM AÇÃO ORDINÁRIA E MANDADO DE SEGURANÇA. CONEXÃO ENTRE AS AÇÕES EM TABLADO. CONCURSO PÚBLICO. EXAME MÉDICO EXTEMPORÂNEO. EMISSÃO DO LAUDO PELO LABORATÓRIO APÓS O PRAZO EDITALÍCIO. CULPA NÃO ATRIBUÍVEL À CANDIDATA APELADA. REINTEGRAÇÃO DA CANDIDATA AO CERTAME PARA PARTICIPAR DO CURSO DE FORMAÇÃO PROFISSIONAL. PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE E RAZOABILIDADE. PONDERAÇÃO DE INTERESSES. PRECEDENTES DO STJ.

1. Cinge-se a questão dos autos em identificar se houve, ou não, desproporcionalidade no agir da instituição pública organizadora do concurso público de Soldado de Polícia Militar do Estado do Ceará, quando excluiu a Candidata/ Apelada do certame, porquanto inobservou o prazo para entrega de Exame Toxicológico, imprescindível para o prosseguimento do referido concurso público.

2. No vertente caso, entremostra-se claro nos autos que a Apelada não concorreu para o atraso da entrega do resultado do multicitado Exame Toxicológico. Bem ao contrário, ela se submeteu à colheita do material biológico para análise no laboratório escolhido – que, diga-se de passagem, foi indicado pelo próprio organizador do certame (CESPE) – dentro do prazo estipulado e, inclusive, envidou esforços para evitar o atraso do envio do resultado do exame.

3. O ato administrativo em tela agride, patentemente, os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, alçados a cânones inerentes ao sistema orgânico da Carta Republicana

de 1988.

4. Realmente, o magistrado, ao se deparar em situações desse jaez, deverá sopesar os interesses em liça, a fim de salvaguardar aquele que mais se compatibiliza ao caso concreto. No caso, a aplicação do princípio da vinculação ao edital merecerá mitigação para o fim de sobrelevar o princípio do concurso público, insculpido no art. 37, inciso II, da CF/88. Afinal de contas, a Candidata/Apelada alcançou êxito em todas as fases do concurso público, conforme se extrai da farta documentação acostada nos autos em comento

5. O objeto do *writ* constitucional em apreço é bem específico, e refere-se ao abono de faltas da Candidata/Apelada, relativamente àquelas anteriores à data de apresentação da Candidata no Curso de Formação Profissional, com o fito de viabilizar a sua reintegração ao mencionado curso, e realizar a prova final do certame.

6. Pelas mesmas razões de direito esposadas no julgamento da Apelação na Ação Ordinária, deverá prevalecer a decisão recorrida que abonou as faltas anteriores à data de apresentação da candidata no Curso de Formação Profissional, permitindo-lhe a conclusão de todas as atividades remanescentes do aludido curso. A uma, porque se faz razoável ao caso concreto a reintegração da Apelada ao concurso público em comento, e, a duas, por se constituir em consectário natural da decisão recorrida, nos autos da Ação Ordinária, na medida em que se trata de ações conexas.

7. Inobstante o acerto da fundamentação das decisões vergastadas, ressalvo-as, tão somente para reformar o momento da nomeação da Apelada. Assim, tão logo decorra o trânsito em julgado desta decisão, Cintya de Oliveira Abud deverá ser nomeada para o cargo de Soldado de Polícia Militar do Estado do Ceará, referente ao Edital nº 01/2008, salvo não esteja classificada dentro do número de vagas ofertadas para o referido cargo, situação em que a sua nomeação dependerá da oportunidade e conveniência da Administração Pública, conforme se afere da mais atualizada jurisprudência do STJ.

8. Recursos de Apelação conhecidos e improvidos. Remessa Oficial conhecida e parcialmente provida.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acorda a TURMA JULGADORA DA TERCEIRA CÂMARA CÍVEL DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO CEARÁ, por unanimidade de votos, para **CONHECER** dos Recursos de Apelação e da Remessa Oficial, **NEGANDO PROVIMENTO ÀQUELES E DANDO PARCIAL PROVIMENTO À REMESSA**, nos termos do voto do Relator, que faz parte desta decisão.

RELATÓRIO

Trata-se de Reexame Necessário e Apelações Cíveis, interpostas pelo ESTADO DO CEARÁ em desfavor de CINTYA DE OLIVEIRA ABUD, contra decisões do juízo da 7ª Vara da Fazenda Pública da Comarca de Fortaleza, proferidas na Ação Ordinária nº 0001009-06.2010.8.06.0001/0, e no Mandado de Segurança nº 0412144-47.2010.8.06.0001/0.

Na sentença recorrida, relativamente aos autos da Ação Ordinária (fls. 193/197), o magistrado *a quo* julgou procedente o pedido, determinando que a entidade recorrente *"... promova a nomeação e posse da candidata no cargo de Soldado Policial Militar da Carreira de Praças da Polícia Militar do Ceará, para o qual foi aprovada e preencheu todos os requisitos para a sua investidura, em igualdade de condições com os demais aprovados, sendo garantido todos os consectários lógicos e funcionais de sua nomeação, como a entrega de fardamento, a regular percepção de vencimentos e contagem de tempo de serviço."*

Por sua vez, na sentença referente ao Mandado de Segurança aludido (fls. 79/84), o juiz monocrático concedeu a segurança postulada para o fim específico de *"... determinar à FUNDAÇÃO UNIVERSIDADE ESTADUAL DO CEARÁ – FUNECE, que promova a reintegração da candidata ao Curso de Formação Profissional do Concurso Público para ingresso no cargo de Soldado Policial Militar do Estado do Ceará, devendo serem abonadas as faltas anteriores à data de apresentação da candidata no referido curso, bem como que se permita a conclusão de todas as atividades remanescentes do aludido curso."*

O juiz a quo deferiu a tutela antecipada nas duas ações (fls. 65/73 – Ação Ordinária; fls. 44/45 – Mandado de Segurança).

Em suas razões recursais, o Apelante insurge-se contra as decisões recorridas, alegando: 1) *preliminarmente:* a) a existência de litispendência entre a Ação Ordinária e o Mandado de Segurança; b) prejudicialidade do Mandado de Segurança em relação à Ação Ordinária; 2) *no mérito:* a) a observância do princípio da vinculação ao edital, no concurso público, destacando a constitucionalidade da postura do ente público, em face do que preceituam os arts. 37, incisos I e II, 42 e 142, da CF/88, e nos termos da Lei Estadual nº 13.729/2006; b) a impossibilidade de nomeação antes

do trânsito em julgado da ação, com fulcro no art. 2º-B, da Lei nº 9.494/97; e, c) a inaplicabilidade da Teoria do Fato Consumado ao caso em análise (fls. 200/211 – Ação Ordinária; fls. 87/104 – Mandado de Segurança).

Requer, portanto, a reforma integral das decisões recorridas para o fim de excluir a candidata do certame em comento, de forma a impedi-la de exercer o cargo público de Soldado Policial Militar do Estado do Ceará.

A apelada ofertou contrarrazões nas quais corrobora a tese recorrida, requerendo o improvimento da pretensão recursal do Estado Apelante (fls. 215/221 – Ação Ordinária; fls. 123/131 – Mandado de Segurança).

Instado a se manifestar, a Procuradora de Justiça opinou pelo conhecimento e improvimento da pretensão recursal, nos autos da Ação Ordinária (fls. 235/239). De outra banda, nos autos do Mandado de Segurança, o Procurador de Justiça deixou de opinar sobre o *meritum causae* por não vislumbrar, no caso, interesse público que justifique a intervenção do Ministério Público (fls. 142/146).

É o relatório.

À douta revisão.

VOTO

Presentes os pressupostos intrínsecos e extrínsecos do recurso, passo à análise da controvérsia.

Inicialmente, mister ressaltar que as ações em tablado são conexas, na medida em que a decisão de um dos processos afetará a do outro, recomendando-se o *simultaneus processus.*

I. PRELIMINARES

Como acima resvalado, entremostra-se evidente a **prejudicialidade** entre as causas em debate. Com isso, imerece acolhimento a tese da litispendência, assim como da precariedade da causa de pedir, com vistas à extinção, sem resolução do mérito, do Mandado de Segurança.

Consoante o disposto no artigo 301, § 3º do Código de Processo Civil há **litispendência** quando se repete ação que está em curso, sendo que uma ação é idêntica à outra quando possui as *mesmas partes*, a *mesma causa de pedir* e o *mesmo pedido* (art. 301, § 2º, do CPC).

A Ação Ordinária que tramita junto ao juízo recorrido não é idêntica à ação de Mandado de Segurança, em trâmite no mesmo juízo. Em que pese figurem as mesmas partes e haja identidade quanto à causa de pedir, **as ações não possuem o mesmo pedido.**

Enquanto a Ação Ordinária tem como pedido a nomeação e posse da Apelada, ou seja, a consolidação de sua situação de fato e de direito nos quadros da

Polícia Militar do Estado do Ceará, no Mandado de Segurança figura como pedido a reintegração da Apelada ao curso de formação profissional, do qual foi excluída por decisão administrativa da comissão do concurso público (fls. 32/36 – Mandado de Segurança).

O que pretendeu a Apelada, no momento em que ajuizou o *writ* constitucional em destaque, foi garantir o seu direito líquido e certo de prosseguir no Curso de Formação Profissional, a partir da decisão interlocutória que autorizou a sua inclusão no referido curso da instituição policial militar (fls. 65/73 – Ação Ordinária). Sendo assim, seu pedido constitui-se em apenas uma parcela do todo, prefigurada na situação fática exposta na Ação Ordinária.

Consequentemente, como bem aponta o Apelante no multicitado Mandado de Segurança (fls. 123/131), *"... o trânsito em julgado de eventual provimento favorável à requerente na ação anteriormente ajuizada (Ação Ordinária) é requisito indispensável para ocorrer o julgamento de mérito da presente demanda."* (grifo nosso)

Indica, assim, que ambas as ações deverão ser julgadas simultaneamente, pois o resultado de uma interferirá no da outra, daí a conexão por prejudicialidade. Entretanto, essa circunstância processual não significa a extinção de uma ação em detrimento da outra, o que somente se justificaria se evidenciada a litispendência. Não é o caso dos autos.

Seguindo essa linha de entendimento, não foi outro o posicionamento do magistrado de piso senão o de julgar ambas as ações simultaneamente, conforme se depreende às fls. 193/197 da Ação Ordinária, e às fls. 79/84, do Mandado de Segurança.

A respeito da prejudicialidade apontada, colaciono alguns arestos deste Tribunal, para fins de aclaramento de tal circunstância processual:

> APELAÇÃO CÍVEL. (...) RELAÇÃO DE □□PREJUDICIALIDADE EXTERNA COM A DEMANDA REVISIONAL. CAUSA MADURA PARA JULGAMENTO DE MÉRITO. IMPROCEDÊNCIA DA LIDE POSSESSÓRIA. APELAÇÃO CONHECIDA E DESPROVIDA. AÇÃO DE BUSCA E APREENSÃO JULGADA IMPROCEDENTE. (…) 7. Conquanto a matéria discutida nos autos seja de fato e de direito e muito embora o juiz de primeira instância não tenha proferido sentença extintiva na ação de busca e apreensão, nada impede a resolução de mérito deste feito, em segundo grau de jurisdição, vez que: a) a lide já se acha madura para julgamento, tendo havido, na espécie, todo debate necessário à solução do litígio; b) por representarem uma unidade cognitiva, em virtude da existência de □□conexão por □□prejudicialidade, ambas as causas devem ser julgadas simultaneamente, evitando a possibilidade de juízos contraditórios sobre o mesmo objeto litigioso. (...) 10. APELAÇÃO CONHECIDA E DESPROVIDA. AÇÃO DE BUSCA E APREENSÃO JULGADA IMPROCEDENTE. (Apelação Cível nº 72724333200080600011, Relator Francisco de Assis Filgueira Mendes, 2ª Câmara Cível, Tribunal de Justiça do CE, Registrado em 25/11/2011)

> APELAÇÃO CÍVEL. (...) 6. Por fim, uma vez constatada a conexão por prejudicialidade entre a presente ação declaratória e a ação de busca e apreensão anteriormente ajuizada, necessário, após o retorno dos vertentes autos à origem, a reunião dos feitos, perante o juízo prevento, a fim de que não haja decisões contraditórias. 7. Apelação Cível conhecida e provida. (Apelação Cível nº 2109715200380600000, Relator Paulo Francisco Banhos Ponte, 1ª Câmara Cível, Tribunal de Justiça do CE, Registrado em 16/12/2011)

Por fim, afirmo que não convém ao presente caso, suspender quaisquer das ações em detrimento do andamento da outra, haja vista que as duas ações encontram-se prontas para julgamento neste grau de jurisdição, impondo-se, assim, o julgamento simultâneo de ambas, como acima sustentado.

Rejeito, pois, as preliminares arguidas pelo Apelante.

II. MÉRITO

1. Apelação na Ação Ordinária

Cinge-se a questão dos autos em identificar se houve, ou não, desproporcionalidade no agir da instituição pública organizadora do concurso público de Soldado de Polícia Militar do Estado do Ceará, quando excluiu a Candidata/Apelada do certame, porquanto inobservou o prazo para entrega de Exame Toxicológico, imprescindível para o prosseguimento do referido concurso público.

O concurso público em liça é composto de três etapas, consistindo a primeira etapa de exame intelectual, aplicado por meio de prova objetiva; a segunda etapa de inspeção de saúde, inclusive de exame toxicológico; e, a terceira etapa de curso de formação profissional, incluindo prova objetiva final de avaliação, classificatória e eliminatória (fls. 13/24 – Ação Ordinária).

Pelo que consta no caderno processual em análise, é o Centro de Seleção e de Promoção de Eventos – Universidade de Brasília (CESPE), o organizador do concurso público de provimento de cargos de Soldado de Polícia Militar, regulamentado pelo Edital nº 01/2008, publicado pelo D.O.E. de 09/06/2008.

A Candidata/Apelada obteve êxito na primeira etapa do concurso (fls. 27/30 – Ação Ordinária) e, empós, submeteu todos os exames requeridos para a inspeção de saúde ao organizador – CESPE, à exceção do Exame Toxicológico (fl. 31 – Ação Ordinária).

O CESPE comunicou a relação das clínicas indicadas para a realização do Exame Toxicológico, sendo que a Apelada escolheu o Laboratório CAC (fls. 38/40 – Ação Ordinária), submetendo o material colhido para exame dentro do prazo do edital, ou seja, até o dia 27/10/2008. Feito isso, restava à Apelada simplesmente esperar a remessa do resultado, a cargo do Laboratório Psychemedics Corporation, credenciado

ao Laboratório CAC, e situado na cidade de São Paulo/SP (fls. 33/36 – Ação Ordinária).

Sucede que, o resultado do referido Exame Toxicológico não chegou a tempo da Apelada juntá-lo aos demais, e enviá-los ao CESPE, razão pela qual foi desclassificada no concurso público (fls. 44/47 – Ação Ordinária).

Ab initio, é preciso ressaltar que não há embaraço a que o Poder Judiciário possa exercer o controle da legalidade sobre o ato administrativo em tablado, uma vez que não se cogita de invadir-lhe o mérito, sob o ângulo da oportunidade ou da conveniência.

No trato, são prestimosas as asserções da insigne Desembargadora Federal da 5ª Região, Dra. Germana Oliveira de Moraes, em sua famosa obra "CONTROLE JURISDICIONAL DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA", *in verbis*:

> "Os princípios da inafastabilidade da tutela jurisdicional e da separação de poderes são compatíveis entre si, pois quando, da atividade não vinculada da Administração Pública, desdobrável em discricionariedade e valoração administrativa dos conceitos verdadeiramente indeterminados, na denominada "área de livre decisão" que lhe é reconhecida, resultar lesão ou ameaça a direito, é sempre cabível o controle jurisdicional, seja à luz do princípio da legalidade, seja em decorrência dos demais princípios constitucionais da Administração Pública, de publicidade, de impessoalidade, de moralidade, seja por força do princípio constitucional da igualdade, ou dos princípios gerais de Direito da razoabilidade e da proporcionalidade, para o fim de invalidar o ato lesivo ou ameaçador de direito" (MORAES, Germana de Oliveira, "Controle Jurisdicional da Administração Pública", Dialética, 2.ª edição, p. 110-111).

No vertente caso, entremostra-se claro nos autos que a Apelada não concorreu para o atraso da entrega do resultado do multicitado Exame Toxicológico. Bem ao contrário, ela se submeteu à colheita do material biológico para análise no laboratório escolhido – que, diga-se de passagem, foi indicado pelo próprio organizador do certame (CESPE) – dentro do prazo estipulado e, inclusive, envidou esforços para evitar o atraso do envio do resultado do exame.

Como se colhe da prova carreada aos autos, a Apelada contatou, via *e-mail*, o laboratório paulista (Psychemedics), a fim de garantir a chegada do exame, no tempo aprazado, porém, não foi o que aconteceu (fl. 41). Somente teve acesso ao resultado do Exame Toxicológico na tarde do dia 12/11/2008, último dia do prazo de entrega, porém em horário extemporâneo à entrega do referido exame (fls. 38/40 – Ação Ordinária).

Dessarte, o ato administrativo em tablado agride, patentemente, os **princípios da razoabilidade e da proporcionalidade**, alçados a cânones inerentes ao sistema orgânico da Carta Republicana de 1988.

Realmente, o magistrado, ao se deparar em situações desse jaez, deverá sopesar os interesses em liça, a fim de salvaguardar aquele que mais se compatibiliza ao caso concreto. No caso em tablado, deverá indagar sobre o que causará maior prejuízo:

a exclusão da Candidata/Apelada do concurso público, por motivo para o qual não concorreu, ou, a mitigação do **princípio da vinculação ao edital**, em detrimento da entidade Apelante?

A resposta me parece clara. O prejuízo causado à Candidata/Apelada seria substancialmente maior se se considerasse a sua exclusão do certame. No caso, a aplicação do princípio da vinculação ao edital merecerá mitigação para o fim de sobrelevar o **princípio do concurso público**, insculpido no art. 37, inciso II, da CF/88. Afinal de contas, **a Candidata/Apelada alcançou êxito em todas as fases do concurso público**, conforme se extrai da farta documentação acostada nos autos em comento (fls. 25/30 – Mandado de Segurança).

Relevante, no ponto, transcrever o lapidar ensinamento de J.J. Gomes Canotilho:

> "Quando se chegar à conclusão da necessidade e adequação da medida coactiva do poder público para alcançar determinado fim, mesmo neste caso deve perguntar-se se o resultado obtido com a intervenção é proporcional à "carga coactiva" da mesma. Está aqui em causa o princípio da proporcionalidade em sentido restrito, entendido como princípio da "justa medida". Meios e fim são colocados em equação mediante um juízo de ponderação, com o objectivo de se avaliar se o meio utilizado é ou não desproporcionado em relação ao fim. Trata-se, pois, de uma questão de "medida" ou "desmedida" para se alcançar um fim: pesar as desvantagens dos meios em relação às vantagens do fim". (Direito Constitucional e Teoria da Constituição, 3ª edição, Editora Livraria Almedina, 1999, Coimbra Portugal, pág. 265).

E aqui não estou a levar ao descrédito o princípio da vinculação ao edital. Prazos são efetivamente para serem cumpridos, mas se são desrespeitados por culpa alheia a quem deve observá-los, devem ser abonados, tal como ocorre na hipótese da justa causa, prevista no § 1.º, do art. 183, do CPC, que assim dispõe: *"Reputa-se justa causa o evento imprevisto, alheio à vontade da parte, e que a impediu de praticar o ato por si ou por mandatário"*.

A jurisprudência do STJ tem adotado um certo grau e flexibilidade na interpretação do edital de concurso público, quanto ao aspecto da não previsibilidade de evento imprevisível que possa prejudicar o candidato, *in verbis*:

> ADMINISTRATIVO. CONCURSO PÚBLICO. SERVIÇOS NOTARIAIS. APRESENTAÇÃO DE DOCUMENTOS. PRORROGAÇÃO DE PRAZO. PRINCÍPIO DA RAZOABILIDADE. A estipulação de nova data para a apresentação da documentação necessária para a confirmação da inscrição no concurso não fere os princípios da isonomia, legalidade, moralidade e impessoalidade, mas antes, atende ao princípio da razoabilidade, ao considerar as dificuldades do sistema responsável pela emissão das certidões, em fornecer a documentação em tempo hábil, de acordo com

> a exigência prevista no edital, qual seja: "certidão negativa e de folha corrida judicial, com expressa menção ao período de dez anos. Recurso desprovido. RMS 17685 / MG RECURSO ORDINARIO EM MANDADO DE SEGURANÇA 2003/0238104-7 Relator(a) Ministro FELIX FISCHER (1109) Órgão Julgador T5 - QUINTA TURMA Data do Julgamento 07/12/2004 Data da Publicação/Fonte DJ 14.02.2005 p. 218
>
> MANDADO DE SEGURANÇA. ATO ADMINISTRATIVO. CONCURSO PÚBLICO. DILAÇÃO DE PRAZO PARA APRESENTAÇÃO DE DOCUMENTOS. ENTRAVES CAUSADOS PELA PRÓPRIA ADMINISTRAÇÃO. 1. A Administração Pública pode, no exercício de seu poder de auto-tutela, rever seus próprios atos, quando eivados de vícios, ilegalidade ou impropriedades. 2. Se não fosse prorrogado o prazo para ser apresentada a certidão exigida no edital, dentro do prazo ali consignado, em razão de entraves de ordem administrativa, seria vulnerado o princípio constitucional da isonomia, ao discriminar aqueles candidatos que não puderam obtê-la no prazo previsto, por culpa exclusiva da Administração. 3. Recurso em mandado de segurança improvido. (RMS 17581/MG, Relator(a): Ministro CASTRO MEIRA, Órgão Julgador: T2 - SEGUNDA TURMA Data do Julgamento 24/10/2006 Data da Publicação/Fonte DJ 08.11.2006 p. 174)

Neste sentido, destaco decisão desta Corte de Justiça, em caso semelhante. Vejamos:

> CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. □□CONCURSO □□PÚBLICO. □□EXAME MÉDICO EXTEMPORÂNEO. EMISSÃO DO LAUDO PELO LABORATÓRIO APÓS O PRAZO EDITALÍCIO. CULPA NÃO ATRIBUÍVEL AO CANDIDATO IMPETRANTE. INCIDÊNCIA DO PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA PROPORCIONALIDADE. CONCESSÃO DA ORDEM. O edital do □□concurso □□público que não contiver previsão de fatos alheios à vontade dos candidatos, que lhes impeçam de observarem os prazos editalícios, fica submetido ao controle judicial sob o crivo da □□razoabilidade e proporcionalidade. Caso em que o impetrante ficou impossibilitado de □□entregar os resultados de □□exames clínicos, requisitados para inspeção de saúde, no horário preestabelecido, em função de demora do laboratório competente ligado ao SUS. Além disso, o prazo de dez dias fixado para o cumprimento da obrigação demonstrou-se por demais exíguo, em face das circunstâncias incomuns apresentadas. Inadequação dos meios aos fins, com plena incidência dos princípios constitucionais da □□razoabilidade e da proporcionalidade. A nova oportunidade requestada não consubstancia privilégio ou ofensa ao princípio isonômico, em vista de ter o impetrante se desigualado dos demais candidatos que lograram □□entregar a tempo seus □□exames clínicos, não podendo receber tratamento diferenciado, se as condições foram as mesmas para todos os que procuraram a rede pública estadual de saúde. Ordem concedida. (Mandado de Segurança nº 2663161200880600000, Relator José Arísio Lopes da Costa, Tribunal Pleno, Tribunal de Justiça do CE, Julgado em 14/05/2009)

Vale ressaltar, também, que o caso não afronta o **princípio da isonomia**, como sustenta o Apelante.

Ora, ocorre justamente o contrário, pois se a Apelada foi prejudicada pela ineficiência estatal, desigualando-se, assim, dos candidatos que, nas mesmas condições, lograram apresentar-se a tempo, por haverem recebido seus resultados antes do horário marcado para a entrega, faz-se necessário o provimento jurisdicional requestado, sob pena de aí sim, ofender-se o princípio isonômico.

Nessa compreensão do tema, trago julgado do TRF da 1.ª Região:

> Não implica ofensa ao princípio isonômico entre os candidatos o deferimento de nova oportunidade para realização de prova de capacidade física, por motivo de força maior, na espécie, quando demonstrado que o candidato foi acometido por distensão muscular provocada pela repetição desnecessária do exercício, dela tendo participado sem as condições normais de saúde (Cf. STF, RE 179.500/RS, Segunda Turma, Ministro Marco Aurélio, DJ 15/10/1999.) (TRF Primeira Região, Sexta Turma, AC 2002235000043668, Rel. Desembargadora Federal Maria Isabel Gallotti Rodrigues, j. 19-11-2004, DJ 6-12-2004, p. 77).

Assim, julgo acertada e razoável a decisão vergastada quando reconhece a desarrazoabilidade do ato administrativo que excluiu a Apelada do concurso público em tablado, bem como, por tê-la excluído do rol dos classificados, na medida em que se encontra fartamente comprovado nos autos a aprovação da Candidata/Apelada em todas as etapas do Concurso Público de Soldado de Polícia Militar do Estado do Ceará, regulamentado pelo Edital nº 01/2008 (fls. 48/51 – Mandado de Segurança; fls. 148/152 – Ação Ordinária).

Ressalvo, contudo, que caso a Apelada não esteja classificada dentro do número de vagas ofertadas para o cargo, a sua nomeação dependerá da oportunidade e conveniência da Administração Pública, conforme se afere da mais atualizada jurisprudência do STJ. Vejamos:

> PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. PRESENÇA DE ERRO MATERIAL. ADMINISTRATIVO. RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. CONCURSO PÚBLICO. APROVAÇÃO DENTRO DO NÚMERO DE VAGAS PREVISTO EM EDITAL. DIREITO SUBJETIVO A NOMEAÇÃO E POSSE DENTRO DO PRAZO DE VALIDADE DO CERTAME. 1. Alega a embargante a presença de erro material, pois a premissa utilizada para fundamentar as razões do recurso não se relacionam com o caso analisado. Aponta, ainda, omissão quanto ao argumento de que foi comprovada a falta de recursos financeiros para nomear a impetrante e e também falta de manifestação desta Corte Superior acerca da previsão editalícia sobre a possibilidade de não nomear os candidatos aprovados. 2. Houve o erro material apontado. Na verdade, trata-se de candidata aprovada em concurso público e não

> nomeada ao argumento de que não existe dotação orçamentária para a sua nomeação. 3. Esta Corte Superior adota entendimento segundo o qual a regular aprovação em concurso público em posição classificatória compatível com as vagas previstas em edital confere ao candidato direito subjetivo a nomeação e posse dentro do período de validade do certame. Precedentes. 4. O concurso foi homologado em 2006 e teve seu prazo de validade expirado no dia 1º.2.2010, o que caracteriza o dever de nomear a impetrante recorrente. 5. Em relação às omissões apontadas, não existe esse vício a ser sanado no acórdão embargado. 6. Por meio dessas razões, é nítida a pretensão da parte embargante em provocar rejulgamento da causa, situação que, na inexistência das hipóteses previstas no art. 535 do CPC, não é compatível com o recurso protocolado. 7. Embargos de declaração acolhidos, sem efeitos infringentes, apenas para sanar o erro material apontado. (EDcl no RMS 33.704/SP, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 01/12/2011, DJe 09/12/2011)

2. Apelação no Mandado de Segurança

Considerando o bom direito da Apelada na Ação Ordinária, passo a análise do Recurso de Apelação, aviado pela entidade Apelante, nos autos do Mandado de Segurança.

O objeto do *writ* constitucional em apreço é bem específico, e refere-se ao abono de faltas da Candidata/Apelada, relativamente àquelas anteriores à data de apresentação da Candidata no Curso de Formação Profissional, com o fito de viabilizar a sua reintegração ao mencionado curso, e realizar a prova final do certame (fls. 7/14 – Mandado de Segurança).

Como referido no relatório deste voto, linhas acima, o juiz monocrático concedeu a liminar no Mandado de Segurança, assegurando a reintegração da Candidata/Apelada no Curso de Formação Profissional, com vistas à realização da prova final, e, para tanto, abonou as faltas anteriores à sua matrícula no aludido curso que, por sua vez, foi possibilitada pela decisão antecipatória de tutela nos autos da Ação Ordinária.

Entendo que, pelas mesmas razões de direito acima esposadas, deverá prevalecer a decisão recorrida que abonou as faltas anteriores à data de apresentação da candidata no Curso de Formação Profissional, permitindo-lhe a conclusão de todas as atividades remanescentes do aludido curso (fls. 79/84 – Mandado de Segurança).

A uma, porque se faz razoável ao caso concreto a reintegração da Apelada ao concurso público em comento, e, a duas, por se constituir em consectário natural da decisão recorrida, nos autos da Ação Ordinária, na medida em que se trata de ações conexas.

3. DISPOSITIVO

Ante o exposto, CONHEÇO dos Recursos de Apelação para NEGAR-

LHES PROVIMENTO. Quanto à Remessa Oficial, CONHEÇO-A para DAR-LHE PARCIAL PROVIMENTO.

Assim, as sentenças recorridas deverão permanecer incólumes em todos os seus pontos, ressalvado, apenas, o ponto que diz respeito ao momento da nomeação da Apelada.

Portanto, tão logo decorra o trânsito em julgado desta decisão, Cintya de Oliveira Abud deverá ser nomeada para o cargo de Soldado de Polícia Militar do Estado do Ceará, referente ao Edital nº 01/2008, salvo não esteja classificada dentro do número de vagas ofertadas para o referido cargo, situação em que a sua nomeação dependerá da oportunidade e conveniência da Administração Pública, conforme se afere da mais atualizada jurisprudência do STJ.

É como voto.

Fortaleza, 27 de Fevereiro de 2012.

PROCESSO Nº 0033143-62.2005.8.06.0001/1.
TIPO DE RECURSO: APELAÇÃO CÍVEL.
APELANTE: EMPRESA COMERCIAL SEBASTIÃO S. CAVALCANTE LTDA.
APELADO: JOSÉ JOSCEMAR DE OLIVEIRA.
ÓRGÃO JULGADOR: 1ª CÂMARA CÍVEL.
RELATOR: DESEMBARGADOR FRANCISCO SALES NETO.

EMENTA:DIREITO CIVIL E CONSUMIDOR. APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE REPARAÇÃO DE DANOS MORAIS E MATERIAIS. CONTRATO DE COMPRA E VENDA DE CAMINHÃO. PRELIMINARES DE ILEGITIMIDADE PASSIVA E DECADÊNCIA REJEITADAS. EXISTÊNCIA DE VÍCIOS OCULTOS DEVIDAMENTE COMPROVADOS. INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS DEVIDOS. PRECEDENTES. RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO. SENTENÇA MANTIDA.

I. Trata-se de APELAÇÃO CÍVEL interposta com o fito de reformar a sentença que, em sede de AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS E MATERIAIS, proposta pelo autor/recorrido, julgou parcialmente procedente o pleito formulado na exordial, condenando, a apelante, apenas, ao pagamento de indenização por danos materiais.

II. Preliminar de ilegitimidade passiva *ad causam***.** A apelante sustenta sua ilegitimidade passiva por ter sido apenas intermediadora da venda do veículo. Neste caso, a empresa apelante, além de intermediadora da venda, é também considerada fornecedora do produto, vez que sua atividade principal consiste na comercialização de máquinas e veículos. Responsabilidade solidária do fornecedor e o fabricante. Inteligência do art. 18 do CDC. Precedentes. Preliminar que se rejeita.

III. Preliminar de decadência. Na hipótese, aduz a apelante que operou a decadência do direito do autor/apelado, vez que não exerceu, no prazo previsto no art. 26 do Código de Defesa do Consumidor, seu direito de reclamação. Ocorre que o *dies a quo* do referido prazo é o dia da percepção do dano, cabendo ao interessado reclamar pelos vícios deste dentro de 90 (noventa) dias a partir do conhecimento do vício, o que se observou na espécie. Preliminar que se afasta.

IV. No mérito da lide, a apelante principia sua irresignação

arguindo, na hipótese, que inexistem provas que sustentem a tese do autor, no pertinente à existência de defeitos no caminhão, objeto da presente lide, à época do negócio.
V. Sucede que, em se tratando de vícios ocultos, é incabível a alegação de negligência por parte do comprador do bem por não reconhecer prontamente os defeitos nele existentes, vez que estes, à época da contratação, eram imperceptíveis.
VI. Desta feita, infere-se da situação em liça que são devidos os danos materiais em face dos reparos realizados no veículo, não assistindo razão ao apelante em seu inconformismo.
VII. RECURSO CONHECIDO, MAS DESPROVIDO. SENTENÇA MANTIDA.

ACÓRDÃO

Vistos, discutidos e relatados os presentes autos de **APELAÇÃO CÍVEL nº 0033143-62.2005.8.06.0001/1**, em que são partes as pessoas acima indicadas, acordam os Desembargadores da 1ª Câmara deste Egrégio Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, à unanimidade, em conhecer do presente recurso apelatório, no sentido de **NEGAR-LHE PROVIMENTO**, confirmando em sua integralidade a sentença vergastada, tudo nos termos do voto do Relator.

Fortaleza, 10 de outubro de 2011

VOTO

1. ADMISSIBILIDADE.

Conheço do recurso interposto, vez que presentes os pressupostos de admissibilidade, quais sejam: cabimento, legitimidade recursal, interesse recursal, tempestividade, preparo, regularidade formal e inexistência de fato impeditivo ou extintivo do poder de recorrer.

2. FUNDAMENTOS.

Conforme introduzido, cuidam os presentes autos de APELAÇÃO CÍVEL interposta pela EMPRESA COMERCIAL SEBASTIÃO S. CAVALCANTE LTDA, em face de JOSÉ JOSCEMAR DE OLIVEIRA, com o fito de reformar o provimento jurisdicional prolatado pelo MM. Juiz de Direito da 17ª Vara Cível da Comarca de Fortaleza/CE, que, em sede de AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS

E MORAIS COM PEDIDO DE CONCESSÃO DE TUTELA ESPECÍFICA, proposta pelo autor/recorrido, julgou parcialmente procedente o pleito formulado na proemial.

Antes de apreciar o mérito do vertente inconformismo, importa aqui apreciar, *ab initio*, as preliminares suscitadas pelo ente apelante, o que faço doravante:

2.1 - DAS PRELIMINARES SUSCITADAS.

2.1.1 – DA ILEGITIMIDADE PASSIVA *AD CAUSAM*

Conforme introduzido, preliminarmente, sustenta a empresa recorrente sua ilegitimidade para figurar no polo passivo da presente demanda, em razão de ter seu representante sido apenas o intermediador da venda do veículo, cabendo à anterior proprietária do bem objeto da lide responder pelos supostos danos sofridos pelo recorrido.

Ab initio, é de bom de alvitre asseverar que o intermediador da venda, neste caso, é considerado também fornecedor do produto, vez que a empresa demandada, ora apelante, tem por atividade principal a comercialização de máquinas e veículos, com destaque para venda de caminhões, consoante depreende-se de documento anexado na exordial pelo autor/apelado, às fls. 34.

Assim sendo, da simples leitura do artigo art. 18, CDC, dessume-se que o fornecedor de produtos também responderá pelos vícios de qualidade nestes apresentados, quando diminuam seu valor ou quando os tornem impróprios ou inadequados ao consumo.

Para uma melhor elucidação da temática ora em destrame, segue o teor do nuper mencionado dispositivo legal, *in verbis*:

> Art. 18. **Os fornecedores de produtos de consumo duráveis ou não duráveis respondem solidariamente pelos vícios de qualidade ou quantidade que os tornem impróprios ou inadequados ao consumo a que se destinam ou lhes diminuam o valor,** assim como por aqueles decorrentes da disparidade, com a indicações constantes do recipiente, da embalagem, rotulagem ou mensagem publicitária, respeitadas as variações decorrentes de sua natureza, podendo o consumidor exigir a substituição das partes viciadas.

Destarte, depreende-se que, por responderem solidariamente o fornecedor e o fabricante, nada obsta que aquele seja chamado a Juízo para efetuar o pagamento de possíveis danos materiais e morais, vez que é parte legítima.

Nesse diapasão:

> Ementa: REPARAÇÃO DE DANOS. INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E MORAIS. SUBSTITUIÇÃO DE PRODUTO ADQUIRIDO EM FACE DA OCORRÊNCIA DEVÍCIO DE QUALIDADE.

> Ilegitimidade passiva da ré afastada, porquanto o fornecedor do produto responde solidariamente pela qualidade dos bens que comercializa, a teor do que preceitua o art. 18 do CDC. Demonstrada a relação de consumo entre as partes e não providenciado o conserto do bem no prazo de trinta dias, é lícito ao consumidor exigir a substituição do produto, conforme lhe faculta o art. 18,˜ 1º, inc. I, do mesmo Diploma Legal. Dano moral, todavia, não configurado, vez que se cuida de mero aborrecimento cotidiano, dissabor que não desborda da ordinariedade dos fatos, a ser absorvido pelo consumidor como conseqüência da vida em sociedade, inábil, por isto, a afetar a integridade psíquica e emocional da autora. Sentença mantida por seus próprios fundamentos. RECURSO IMPROVIDO. (TJRS. Recurso Cível Nº 71002996379, Primeira Turma Recursal Cível, Turmas Recursais, Relator: Marta Borges Ortiz, Julgado em 28/07/2011)

> Ementa: INDENIZATÓRIA. CONSUMIDOR. MERCADO LIVRE. COMPRA E VENDA PELA INTERNET. PLAYSTATION. ENTREGA NÃO EFETUADA. VÍCIO DE SERVIÇO. PRELIMINAR DE ILEGITIMIDADE PASSIVA AFASTADA. LUCROS CESSANTES AFASTADOS. DANO MORAL NÃO CONFIGURADO. DESCUMPRIMENTO CONTRATUAL. Preliminar de ilegitimidade passiva que merece ser afastada, porquanto a ré é responsável pela intermediação das negociações, integrando, assim, a cadeia de fornecedores. O autor efetuou a compra de um Playstation 3, depositando na conta indicada pelo vendedor o preço correspondente, antes da entrega da mercadoria, que nunca lhe foi enviada, sob a alegação de fraude no sistema de venda. Inviável atribuir a culpa à vítima do evento, ainda mais quando a venda é possibilitada pela ré, que deve responder pelas falhas na prestação do serviço ofertado. Não há falar em indenização a título de lucros cessantes, porquanto não restaram cabalmente comprovados os prejuízos decorrentes da interrupção dos serviços na empresa do demandante, ônus do qual não se desincumbiu. O abalo extrapatrimonial não está configurado, porquanto a hipótese em comento cuida de inadimplemento contratual, que, por si só, não viola direitos da personalidade. Mero aborrecimento, dissabor, mágoa, irritação ou sensibilidade exacerbada estão fora da órbita do dano moral. RECURSO PROVIDO EM PARTE. (TJRS. Recurso Cível Nº 71003202439, Segunda Turma Recursal Cível, Turmas Recursais, Relator: Fernanda Carravetta Vilande, Julgado em 20/07/2011)

Assim, inexiste qualquer óbice para que a ora apelante, EMPRESA COMERCIAL SEBASTIÃO S. CAVALCANTE LTDA, figure no polo passivo da demanda, razão pela qual, **rejeito a preliminar suscitada.**

2.1.1 – DA DECADÊNCIA

Ainda a título de questionamento preliminar, aduz a apelante que operou a decadência do direito do autor/apelado, vez que caberia a este reclamar pelos vícios do produto dentro de 90 (noventa) dias, prazo previsto no art. 26, do Código de Defesa do

Consumidor, do qual quedou-se inerte, caducando, assim, seu direito de reclamar.

Alega, mais, que, como o recorrido não formalizou a reclamação junto ao fornecedor, o que obstaria a decadência (art. 26, § 2º, I, CDC), não assiste mais direito àquele de pleitear indenização por danos materiais/morais.

Porém tal argumento não merece prosperar.

Isto porque, a contagem do mencionado prazo de 90 (noventa) dias inicia-se no momento em que fica evidenciado o defeito, vez que os defeitos do produto eram ocultos à época da contratação, consoante depreende-se do § 3º do art. 26 do Código de Defesa do Consumidor, *in verbis*:

> Art. 26 - O direito de reclamar pelos vícios aparentes ou de fácil constatação caduca em:
> [...]
> § 3º - Tratando-se de vício oculto, o prazo decadencial inicia-se no momento em que ficar evidenciado o defeito.

Fixada essa premissa, dessume-se que o dies a quo do referido prazo é o dia da percepção do dano, cabendo ao interessado reclamar pelos vícios deste dentro de 90 (noventa) dias a partir do conhecimento do vício.

Nesse sentido é o entendimento do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios:

> DECADÊNCIA. VÍCIO OCULTO. BEM DURÁVEL. O prazo de noventa dias para que o consumidor reclame por vícios ocultos, que tornem produtos duráveis impróprios ou inadequados ao consumo, inicia-se no momento em que ficar evidenciado o defeito, e somente é obstado por reclamação feita ao fornecedor (CDC, art. 26, II, § 2º, I, e § 3º). Apelação não provida. (TJDFT; 20090110026999APC, Relator JAIR SOARES, 6ª Turma Cível, julgado em 12/01/2011, DJ 20/01/2011)

Dessa forma, não há que falar em prescrição, vez que a pretensão reparatória de danos fora exercida dentro do prazo previsto em lei, isto é, em 10/06/2005, 21 (vinte e um) dias após a percepção do vício.

Por tais razões, rejeito igualmente a segunda preliminar suscitada.

2.2 – DO MÉRITO RECURSAL.

No caso em tablado, a apelante principia sua irresignação meritória arguindo, na hipótese, que inexistem provas que sustentem a tese do autor, no pertinente à existência de defeitos no caminhão, objeto da presente lide, à época do negócio.

Sustenta, ainda, que no momento da contratação fora dada ao adquirente, ora apelado, oportunidade de verificar as reais condições do produto, o que não o fez com a diligência necessária, motivo pelo qual não cabe invocar vício redibitório.

Com efeito, é de responsabilidade do adquirente averiguar a situação do bem, principalmente quando este for usado, constatando desde o início os vícios aparentes e/ou de fácil apuração.

Sucede que, em se tratando de vícios ocultos, é incabível a alegação de negligência por parte do comprador do bem por não reconhecer prontamente os defeitos nele existentes, vez que estes, à época da contratação, eram imperceptíveis.

Ademais, da análise acurada dos fólios processuais, dessume-se que, embora tenha realizado a perícia inicial no bem, restou devidamente comprovado às fls. 21/34 que, após a tradição, o apelado teve que realizar diversos serviços em face do decobrimento de vícios ocultos, gerando direito à reclamação perante o fornecedor dentro do prazo de garantia legal, qual seja, 90 (noventa) dias a partir da evidência do defeito.

Nesse dispasão, é o entendimento jurisprudencial domindante:

> REPARAÇÃO DE DANOS. COMPRA E VENDA DE VEÍCULO USADO. NECESSIDADE DE RETÍFICA DO MOTOR. VÍCIO OCULTO. DEVER DE INDENIZAR. RELAÇÃO DE CONSUMO. APLICABILIDADE DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. 1. Aplicável ao caso dos autos o Código de Defesa do Consumidor, pois o réu exerce atividade de mercancia de veículos habitualmente. 2. A prova dos autos indica, efetivamente, a existência de vício oculto no veículo adquirido pelo demandante, devendo, pois, o réu despender os valores gastos pelo autor com o conserto do automóvel. A prova testemunhal e os orçamentos dão conta de que o veículo apresentou problemas no motor cerca de um mês após a aquisição, sendo certo que não foi entregue ao requerente em condições adequadas de uso. 3. Ao vendedor cabia, portanto, em sendo apontado vício oculto no bem negociado, providenciar dentro de 30 dias os reparos necessários, o que não fez. Negando o vendedor a existência do problema, não há como se eximir de pagar o montante orçado com as despesas pela autora com o conserto do veículo. 5. Por fim, é de se salientar que o réu, de outro lado, não apresentou qualquer prova apta a afastar a credibilidade nos reparos descritos nos orçamentos apresentados pela autora, não havendo, deste modo, como acolher a alegação de que os vícios reclamados teriam decorrido do desgaste natural do veículo. 6. Assim, constatado o vício de origem, deve o réu indenizar o autor pelo menor orçamento obtido, qual seja, R$ 1.700,00, não havendo reparo qualquer a ser feito na decisão de primeiro grau. Sentença confirmada por seus próprios fundamentos. Recurso improvido. (Recurso Cível Nº 71002805877, Primeira Turma Recursal Cível, Turmas Recursais, Relator: Ricardo Torres Hermann, Julgado em 02/12/2010)

> COMPRA E VENDA DE VEICULO USADO. VEICULO COM DEFEITOS. DANO MATERIAL. DANO MORAL. C.DE DEFESA DO CONSUMIDOR. COMPRA DE VEICULO USADO EM CASA COMERCIAL ESPECIALIZADA. DEFEITO NO VEICULO. RELACAO DE CONSUMO. INCIDENCIA DO CODIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. CONSTATACAO DE DEFEITO IMPEDITIVO DA

UTILIZACAO UMA SEMANA APOS A AQUISICAO. PAGAMENTO DA RETIFICA DO MOTOR, MAS SEM REPARO DOS DEMAIS PROBLEMAS IDENTIFICADOS CONSTANTES DAS NOTAS FISCAIS. Na aquisicao de veiculo usado por valor de mercado, o consumidor espera um minimo de tempo de uso, gozo ou fruicao do bem, a despeito de assumir os riscos pelos desgastes naturais, considerando a vida util de determinadas pecas. Dever de reparacao dos danos materiais, concernente aos componentes mecanicos que se prestam a garantir as necessarias condicoes de seguranca. [...] (TJ-RJ; AC 24838/2003; Rio de Janeiro; Quinta Câmara Cível; Rel. Des. Antonio Saldanha Palheiro; Julg. 25/11/2003)

JUIZADOS ESPECIAIS. CIVIL. CONSUMIDOR. RESPONSABILIDADE CIVIL. AGÊNCIA. COMPRA E VENDA. VEÍCULO USADO. GARANTIA. RETÍFICA DE MOTOR. DANO MATERIAL DEVIDO. PRELIMINAR DE ILEGITIMIDADE PASSIVA. REJEITADA. DECADÊNCIA. PREJUDICIAL DE MÉRITO AFASTADA. RECURSO CONHECIDO E IMPROVIDO. 1. [...] 2. PREJUDICIAL DE MÉRITO. Art. 26 do Código de Defesa do Consumidor. Defeito no motor do veículo só descoberto com a utilização do bem. Vício oculto a ensejar a responsabilidade civil do alienante. Problema verificados no prazo de garantia, conforme evidenciam as provas dos autos. Decadência afastada. 3. MÉRITO. Não se desincumbindo o Recorrente de provar fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor (art. 333, II, CPC), deve se sujeitar à pretensão deduzida em seu desfavor. Insuficiência manifesta de mera alegação de ausência de comunicado quanto ao vício para afastar a responsabilidade do fornecedor. 4. Sentença confirmada por seus próprios e jurídicos fundamentos. Recurso conhecido e improvido. Preliminar de ilegitimidade passiva rejeitada. 5. Em face da sucumbência, conforme disposição expressa no caput do artigo 55 da Lei 9.099/95, condeno o Recorrente ao pagamento das custas processuais. Sem condenação em honorários advocatícios, pois apesar de intimado o recorrido não apresentou contrarrazões. 6. Acórdão lavrado por súmula de julgamento, conforme permissão posta no artigo 46 da Lei dos Juizados Especiais Estaduais Cíveis. (TJDFT; 20100710186697ACJ, Relator DIVA LUCY DE FARIA PEREIRA, 1ª Turma Recursal dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais do DF, julgado em 21/06/2011, DJ 28/07/2011)

CONSUMIDOR. DANO MATERIAL. VEÍCULO USADO. DEFEITO NO SISTEMA DE EMBREAGEM APRESENTADO NO PRIMEIRO MÊS DE USO DO BEM. VÍCIO OCULTO, QUE NAO SE CONFUNDE COM DESGASTES NATURAIS. PRELIMINAR DE COMPLEXIDADE AFASTADA. RECURSO CONHECIDO E IMPROVIDO. SENTENÇA MANTIDA.1. [...] 2. NA REVENDA DE AUTOMÓVEIS USADOS, MESMO QUE O CONSUMIDOR, NO ATO DA COMPRA, TENHA VERIFICADO O ESTADO DE CONSERVAÇÃO DO VEÍCULO, SABE-SE QUE OS VÍCIOS OCULTOS NÃO SÃO DECTADOS DE IMEDIATO. 3- RESSARCIMENTO CABÍVEL. 4. RECURSO CONHECIDO E IMPROVIDO. SENTENÇA MANTIDA POR SEUS PRÓPRIOS FUNDAMENTOS. (TJDFT; 0027628-37.2010.807.0003, Relator: WILDE

MARIA SILVA JUSTINIANO RIBEIRO, Data de Julgamento: 01/03/2011, PRIMEIRA TURMA RECURSAL DOS JUIZADOS ESPECIAIS CÍVEIS E CRIMINAIS DO DF, Data de Publicação: 14/03/2011)

Desta feita, infere-se da situação em liça que são devidos os danos materiais em face dos reparos realizados no veículo, confirmando, in totum, o disposto na sentença *a quo*.

3. DISPOSITIVO.

Ante a tais considerações, conheço do recurso apelatório, para NEGAR-LHE PROVIMENTO, confirmando, em sua integralidade, a sentença vergastada, por ter corretamente aplicado ao caso concreto os ditames legais pertinentes.

É como voto.

Fortaleza, 10 de outubro de 2011

APELAÇÃO-CÍVEL Nº 0083504-49.2006.8.06.0001
COMARCA: FORTALEZA
APELANTE: BANCO INDUSTRIAL E COMERCIAL S/A
APELADO: REGINA CLÁUDIA PEREIRA BRANDÃO
RELATOR: DES. INACIO DE ALENCAR CORTEZ NETO

EMENTA:
CIVIL. PROCESSUAL CIVIL. APELAÇÃO. SISTEMA FINANCEIRO DA HABITAÇÃO. TABELA PRICE. IMPOSSIBILIDADE. ANATOCISMO. TR. INAPLICABILIDADE, POR NÃO CONSTITUIR ÍNDICE DE CORREÇÃO MONETÁRIA. SUBSTITUIÇÃO PELO PES. POSSIBILIDADE. DIREITO SOCIAL À MORADIA. AMORTIZAÇÃO DO SALDO DEVEDOR NÃO ANTECEDE A SUA ATUALIZAÇÃO. PRECEDENTES STJ.

I - O uso da Tabela Price como sistema de amortização, implica na prática da capitalização mensal de juros, que somente foi permitida, no âmbito do Sistema Financeiro da Habitação, a partir da lei 11.977/2009, que incluiu o art. 15-A, à Lei nº 4.380/64. Portanto, nesse ponto, não merece reforma a decisão recorrida, devendo ser mantida a forma linear de amortização, nos termos da sentença vergastada.

II - A taxa referencial (TR) não é índice de correção monetária, pois, refletindo as variações do custo primário da captação dos depósitos a prazo fixo, não constitui índice que reflita a variação do poder aquisitivo da moeda. Precedentes STF.

III - Os órgãos legislativos, jurisdicionais e os entes da administração do Estado têm obrigação legal e constitucional de seguir, em matéria de habitação, um único e válido caminho: aquele que desemboca no atendimento dos justos reclamos populares por uma moradia de sua exclusiva propriedade. Assim, não é dado a nenhum dos três poderes colocar-se em contraste com a Constituição, criando entraves para a efetivação do direito à moradia.

IV - Nesse sentido, tendo em vista a busca pela manutenção do equilíbrio contratual e o respeito ao fim colimado pelo Sistema Financeiro da Habitação, que é a efetivação do direito constitucional à moradia, deve ser aplicado o PES como indexador do contrato. Sentença mantida nesse aspecto.

V - A atualização monetária do saldo devedor deverá anteceder sua amortização pelo pagamento das parcelas. Sentença modificada nesse ponto.
VI - Apelo parcialmente provido. Decisão unânime.

Vistos, relatados e discutidos esses autos de apelação Nº 0083504-49.2006.8.06.0001, de Fortaleza, em que é apelante BANCO INDUSTRIAL E COMERCIAL S/A e apelada REGINA CLÁUDIA PEREIRA BRANDÃO.

Acorda a Turma, por unanimidade de votos, em conhecer da apelação, para lhe dar parcial provimento, nos termos do voto do relator.

REGINA CLÁUDIA PEREIRA BRANDÃO, qualificada nos autos, ajuizou ação revisional de contrato de mútuo habitacional c/c pedido de tutela antecipada (fls. 03/19) contra o BANCO INDUSTRIAL E COMERCIAL S/A alegando, em suma, que a sociedade empresária não vem respeitando a finalidade social do contrato habitacional.

Argumenta que a instituição financeira pratica várias irregularidades, tais como a inobservância do Plano de Equivalência Salarial (PES), a prática do Anatocismo, a adoção da tabela PRICE e o uso da TR (taxa de Referência) como indexador do contrato.

Em sede de antecipação de tutela, postulou pela abstenção, por parte da sociedade empresária, do cometimento de qualquer ato que tivesse por finalidade a execução extrajudicial do contrato de mútuo firmado entre as partes. Além disso, pediu que o magistrado impedisse a instituição financeira de incluir o nome da autora no cadastro de inadimplentes.

O magistrado singular, por decisão acostada às fls. 155/156, determinou a expedição de mandado ao requerido para que o mesmo se abstenha da prática de qualquer ato que vise ao registro de restrição financeira ao nome da autora. Também determinou que o Banco se abstenha de efetuar a expropriação do imóvel objeto da ação, sob a condição da consignação, por parte da requerente, dos valores controversos das parcelas vencidas e vincendas, no valor de R$ 500,00 (quinhentos reais).

O Banco Industrial e Comercial S/A, em sede de contestação (fls. 165/178), argumenta que vem pautando sua atuação em conformidade com o estipulado no contrato celebrado entre as partes. Afirma, ainda, que todas as cláusulas contratuais encontram respaldo na legislação em vigor, não havendo, portanto, abusividade ou irregularidade.

Foi apresentada réplica (fls. 180/197), reiterando os argumentos da exordial.

O magistrado singular, por sentença acostada às fls. 264/277, decidiu pela procedência da ação, determinando o recálculo da prestação mensal com base no reajuste salarial da parte autora, devendo ser aplicado no segundo mês subsequente à data da vigência do aumento salarial, respeitado o limite máximo de 30% (trinta por cento) de comprometimento da renda bruta da mutuária.

Ainda em sede de sentença, o juízo *a quo* determinou o recálculo do

saldo devedor da autora, também tendo como base os índices de reajuste da categoria profissional. Além disso, vedou a incidência de qualquer índice de amortização que enseje a capitalização mensal de juros, determinando a aplicação da amortização baseada na taxa de juros simples de 12% (doze por cento) ao ano. Por fim, estabeleceu como taxa de juros o índice de 11% (onze por cento) ao ano, vedando a imediata incorporação ao saldo devedor.

Foram opostos embargos de declaração (fls. 288/291) pela parte ré, os quais foram parcialmente providos para fixar a taxa de juros simples de 11% (onze por cento) ao ano. A procedência dos embargos teve em vista o fato da sentença haver determinado dois percentuais distintos para a taxa de juros.

Irresignado com o deslinde da ação, o réu interpôs recurso apelatório, em cujas razões, de fls. 304/322, reforça os argumentos de mérito da peça contestatória, postulando, ainda, pela manifestação precisa a respeito dos comandos constitucionais e infraconstitucionais atinentes à matéria impugnada, para fins de prequestionamento.

Foram apresentadas contrarrazões às fls. 325/338, asseverando, mais uma vez, a ilegalidade do uso da Tabela Price e da aplicação da TR como indexador do contrato, argumentando, nessa esteira, que a sentença não merece reparo algum.

Nessa esteira, vieram os autos conclusos ao meu gabinete.

É o relatório.

Ab initio, há de se esclarecer o regime jurídico previsto no contrato celebrado entre as partes. Ora, trata-se de um contrato de mútuo com um pacto adjeto de hipoteca, avençado em 21 de fevereiro de 1994. A mutuária adquiriu, pelo valor total de Cr$ 32.746.499,30, a propriedade do imóvel discriminado na cláusula segunda do contrato (fls. 25).

Parte do pagamento se deu com recursos próprios, totalizando o valor de Cr$ 11.977.649,30. O restante (Cr$ 20.768.850,00) foi pago com recursos oriundos da instituição financeira em comento. O prazo para o pagamento da dívida é de 180 meses (180 prestações mensais). O sistema de amortização utilizado é a Tabela Price (cláusula quarta, item 4.3 – fls. 26).

O reajuste das prestações mensais respeita o PES/CP (Plano de Equivalência Salarial por Categoria Profissional), de acordo com o item 4.4 da cláusula quarta do contrato (fls. 26). Já o saldo devedor do financiamento é atualizado mensalmente mediante aplicação da TR (taxa referencial), que é o coeficiente de remuneração básica aplicável aos depósitos de poupança.

Restando claro o regime contratual, nos resta estabelecer o objeto do presente recurso. Em suma, o apelante se insurge contra os seguintes pontos: a possibilidade do uso da Tabela Price como sistema de amortização, a legalidade da aplicação da TR como índice de correção monetária e a impossibilidade do uso do PES/CP como índice de inflação.

No que se refere ao uso da Tabela Price como sistema de amortização, trago à baila o entendimento majoritário dos tribunais pátrios (grifei):

> "PROMESSA DE COMPRA E VENDA. REVISÃO DE **CONTRATO HABITACIONAL COM PACTO ADJETO DE HIPOTECA.** PERÍCIA. **TABELA PRICE**.COMPENSAÇÃO/REPETIÇÃO DE INDÉBITO. MORA. 1. Desnecessidade de perícia técnica, pois a questão tratada é eminentemente de direito. **2. A utilização da Tabela Price como forma de amortização acarreta anatocismo, prática vedada em nosso ordenamento e que gera desequilíbrio contratual. Deve ser afastada, portanto.** 3. A possibilidade de compensação ou de repetição do indébito decorre da própria verificação da cobrança abusiva. 4. Descabe, em sede de revisional, a perquirição sobre os encargos e a caracterização da mora". (Apelação Cível Nº 70025287137, Décima Nona Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Mylene Maria Michel, Julgado em 16/12/2008)

> "(...) LEGALIDADE DA UTILIZAÇÃO DA TABELA PRICE. **O Sistema Price, como critério de amortização da dívida, mostra-se ilegal na medida em que é constituído de fórmulas matemáticas de capitalização de juros, não admitidas em nosso ordenamento jurídico. Necessidade de recálculo da dívida**(...)". (Apelação 180837820070600011, TJ - CE; Rel. Des. Francisco Suenon Bastos Mota; 5ª Cãmara Cível; Data de Registro 19/10/2011)

> "(…) 4. É medida judicial que se impõe o afastamento da capitalização mensal de juros, se o contrato foi entabulado anteriormente à Medida Provisória 2170-36/2001, **bem como o uso da tabela price , pois já consolidado o entendimento de que a mesma onera demasiadamente o contrato, ocasionando enriquecimento ilícito da Instituição Financeira** (...)" (211221-17.2000.8.09.0051 - APELACAO CIVEL , TJ – GO; Rel. Des. Hélio Maurício de Amorim; 5ª Cãmara Cível; Acórdão 27/10/2011)

Não obstante seja claro o posicionamento acima suscitado, é importante explicitar como a doutrina contábil entende o tema em questão. Os mestres Carlos Alberto Serra Negra e Walter Roosevelt Coutinho e o doutor Milanez Silva de Souza, em artigo publicado na Revista Catarinense de Ciência Contábil, afirmaram que:

> "(...) Analisando os resultados encontrados pode-se afirmar que a Tabela Price, ao calcular o valor de cada prestação, embute juros capitalizados, porque ao se retirar de cada prestação o juro nela embutido, como se eles estivessem calculados de forma linear, ou juro simples, o valor encontrado é maior do que o capital inicial, o que demonstra excesso de cobrança por este método (…) Outra conclusão que se depreende dos cálculos e demonstrativos apresentados, é que, na Tabela price, a capitalização dos juros não se forma de modo explícito, poque os demonstrativos que podem ser elaborados para evidenciar a amortização efetuada e a posição da dívida a cada etapa não apresentam de forma explícita que houve a capitalização do juro, porque ela está feita de forma sub-reptíci, não aparecendo à primeira vista (...)" (in Juros do Sistema Fianceiro da Habitação: a falácia dos sistemas de amortização no âmbito da perícia contábil. v.5, n.13, p. 27-

42, dez. 2005/mar 2006)

É dizer, o uso da tabela price, como sistema de amortização, implica na prática da capitalização mensal de juros, que só foi permitida, no âmbito do Sistema Financeiro da Habitação, a partir da lei 11.977/2009, que incluiu o art. 15-A, à Lei nº 4.380/64. Portanto, nesse ponto, não merece reforma a decisão recorrida, devendo ser mantida a forma linear de amortização, nos termos da sentença vergastada.

No que tange ao uso da TR como índice de reajuste do saldo devedor, o STJ possui recentes julgados asseverando que (grifei):

> **RECURSO ESPECIAL REPETITIVO.** SISTEMA FINANCEIRO DA HABITAÇÃO. TAXA REFERENCIAL (TR). LEGALIDADE. SEGURO HABITACIONAL. CONTRATAÇÃO OBRIGATÓRIA COM O AGENTE FINANCEIRO OU POR SEGURADORA POR ELE INDICADA. VENDA CASADA CONFIGURADA.
> **1. Para os efeitos do art. 543-C do CPC:**
> **1.1. No âmbito do Sistema Financeiro da Habitação, a partir da Lei 8.177/91, é permitida a utilização da Taxa Referencial (TR) como índice de correção monetária do saldo devedor. Ainda que o contrato tenha sido firmado antes da Lei n.º 8.177/91, também é cabível a aplicação da TR, desde que haja previsão contratual de correção monetária pela taxa básica de remuneração dos depósitos em poupança, sem nenhum outro índice específico.**
> 1.2. É necessária a contratação do seguro habitacional, no âmbito do SFH. Contudo, não há obrigatoriedade de que o mutuário contrate o referido seguro diretamente com o agente financeiro, ou por seguradora indicada por este, exigência esta que configura "venda casada", vedada pelo art. 39, inciso I, do CDC.
> 2. Recurso especial parcialmente conhecido e, na extensão, provido. (Resp 969.129 / MG; Rel. Min. Luis Felipe Salomão; Quarta Turma; Dje 15/12/2009)

> DIREITO CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. **SISTEMA FINANCEIRO DA HABITAÇÃO. APLICAÇÃO DA TR COMO ÍNDICE DE REAJUSTE DO SALDO DEVEDOR.** TABELA SACRE. CAPITALIZAÇÃO DE JUROS. REEXAME DE MATÉRIA FÁTICA. SÚMULA7/STJ.
> **1.- Esta Corte Superior firmou entendimento no sentido de ser possível a sua utilização na atualização do saldo devedor de contrato vinculado ao Sistema Financeiro da Habitação, ainda que firmado anteriormente ao advento da Lei 8.177/91, desde que pactuado o mesmo índice aplicável à caderneta de poupança. Precedentes.**
> 2.- A jurisprudência da Corte orienta que a análise da existência de capitalização de juros no sistema de amortização da Tabela Price afigura-se inviável na via estreita do recurso especial, pois a modificação do julgado esbarra no óbice da Súmula 7 do Superior Tribunal de Justiça, que veda o reexame de conteúdo fático-probatório delimitado pelas instância ordinárias. (Resp 1070297/PR, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, SEGUNDA SEÇÃO, Dje 18/09/2009)

> 3.- Pela mesma razão, a pretensão de reconhecimento de capitalização de juros na aplicação da Tabela SACRE também há de esbarrar na Súmula 07/ STJ. 4.- Agravo Regimental improvido. (AgRg no AREsp 46656 / RJ; DJe 10/11/2011; Rel. Min. Sidnei Beneti; Terceira Turma).

É dizer, para o STJ, faz-se plenamente possível o uso da taxa de referência como indexador dos contratos do SFH. No entanto, para que a cláusula seja válida, é necessário que seja pactuado o mesmo índice aplicável à caderneta de poupança.

Ainda sobre o tema, o STJ editou a súmula 295, que se refere apenas aos contratos celebrados depois da criação da TR, aplicável, portanto, ao caso sub judice:

> Súmula 295 - A Taxa Referencial (TR) é indexador válido para contratos posteriores à Lei n. 8.177/91, desde que pactuada.

No caso dos autos, o contrato celebrado entre as partes, em sua cláusula nona (fls. 31), dispõe que:

> "CLÁUSULA NONA – Atualização do Saldo Devedor - O saldo devedor deste Financiamento, na fase amortização, será atualizado mensalmente, no dia correspondente ao da assinatura deste contrato, mediante aplicação de coeficiente de remuneração básica aplicável aos depósitos de poupança com data de aniversário aos no dia da assinatura deste contrato ou do crédito da última parcela
> PARÁGRAFO PRIMEIRO – Caso os depósitos de poupança deixem de ser atualizados mensalmente, o reajustamento de que trata o "caput" desta Cláusula operar-se-á mensalmente, mediante a aplicação dos índices mensais oficiais que servirem de base para a fixação do índice a ser aplicado na atualização monetária dos aludidos depósitos"

Portanto, a disposição contratual está em consonância com o posicionamento do STJ, pois o contrato prevê como indexador o coeficiente de remuneração dos depósitos de poupança. Nessa esteira, *a priori*, não haveria óbice ao uso da TR como indexador no caso dos autos.

No entanto, não me parece assistir razão ao STJ. Ora, o Supremo Tribunal Federal, ao julgar a ADI 493, de 1992, deixou consignado no acórdão que:

> "(...) **A taxa referencial (TR) não é índice de correção monetária, pois, refletindo as variações do custo primário da captação dos depósitos a prazo fixo, não constitui índice que reflita a variação do poder aquisitivo da moeda (...)" (ADI 493 / DF - DISTRITO FEDERAL ; Julgamento: 25/06/1992 ; Rel. Min. Moreira Alves)**

Não se olvida que o objeto da ADI em questão era a aplicabilidade da TR aos contratos celebrados anteriormente a sua criação, tendo o STF julgado-a procedente

para, em respeito ao ato jurídico perfeito e ao direito adquirido, vedar a aplicação da TR a tais contratos. Aliás, a esse respeito, o próprio STF se manifestou:

> **CONSTITUCIONAL. CORREÇÃO MONETÁRIA. UTILIZAÇÃO DA** TR COMO INDICE DE INDEXAÇÃO. I - O Supremo Tribunal Federal, no julgamento das ADIns 493, Relator o Sr. Ministro Moreira Alves, 768, Relator o Sr. Ministro Marco Aurelio e 959-DF, Relator o Sr. Ministro Sydney Sanches, não excluiu do universo jurídico a Taxa Referencial, TR, vale dizer, não decidiu no sentido de que a TR não pode ser utilizada como indice de indexação. O que o Supremo Tribunal decidiu, nas referidas ADIns, e que a TR não pode ser imposta como indice de indexação em substituição a indices estipulados em contratos firmados anteriormente a Lei 8.177, de 01.03.91. Essa imposição violaria os princípios constitucionais do ato jurídico perfeito e do direito adquirido. C.F., art. 5., XXXVI.
> II - No caso, não há falar em contrato em que ficara ajustado um certo indice de indexação e que estivesse
> esse indice sendo substituido pela TR. E dizer, no caso, não há nenhum contrato a impedir a aplicação da TR.
> III - R.E. não conhecido. (RE 175678, Relator(a): Min. CARLOS VELLOSO, SEGUNDA TURMA, julgado em 29/11/1994, DJ 04-08-1995)

Contudo, apesar do STF não ter afastado de nosso ordenamento pátrio a TR, deixou claro, inclusive de forma expressa no acórdão, que tal taxa não é índice de correção monetária. Tal conclusão foi explicitada no voto do relator, o Ministro Moreira Alves, quando da análise da sua natureza jurídica.

Ao tratar do que seria um índice de correção monetária, em termos conceituais, o Ministro Moreira Alves, acertadamente, assentou **que:**

> "Com efeito, o índice de correção monetária é um número-índice que traduz, o mais aproximadamente possível, a perda do valor de troca da moeda, mediante a comparação, entre os extremos de determinado período, da variação de preço de certos bens (mercadorias, serviços, salários, etc.), para a revisão do pagamento das obrigações que deverá ser feito na medida dessa variação (...) É, pois, um índice que se destina a determinar o valor de troca da moeda, e que, por isso mesmo, só pode ser calculado com base em fatores econômicos exclusivamente ligados a esse valor. Por isso, é um índice neutro, que não admite, para seu cálculo, se levem em consideração fatores outros que não os acima referidos (…) não é isso que ocorre com a Taxa Referencial (TR) , que não é o índice de determinação do valor de troca da moeda, mas, ao contrário, índice que exprime a taxa média ponderada do custo de captação da moeda por entidades financeiras para sua posterior aplicação por estas..." (ADI 493 / DF - DISTRITO FEDERAL; Julgamento: 25/06/1992 ; Rel. Min. Moreira Alves)

Os argumentos supracitados são elucidativos. Um índice de correção monetária deve determinar o valor de troca da moeda e, por isso mesmo, é calculado com base em fatores econômicos ligados a esse valor. No caso da TR, como ela expressa

o custo de captação da moeda, sua determinação leva em conta fatores econômicos peculiares, tais como a política de juros do BACEN, maior ou menor oferta da moeda, bem como a concorrência com outras fontes de captação de dinheiro.

Além disso, ao analisarmos o próprio texto da Lei nº 8.177, de 1991, constatamos o caráter remuneratório da TR. Vejamos:

> **"Art. 12. Em cada período de rendimento, os depósitos de poupança serão remunerados:**
> I - como remuneração básica, por taxa correspondente à acumulação das TRD, no período transcorrido entre o dia do último crédito de rendimento, inclusive, e o dia do crédito de rendimento, exclusive;
> II - como adicional, por juros de meio por cento ao mês.
> […]
>
> Art. 17. A partir de fevereiro de 1991, os saldos das contas do Fundo de Garantia por Tempo de Serviço (FGTS) passam a ser remunerados pela taxa aplicável à remuneração básica dos depósitos de poupança com data de aniversário no dia 1°, observada a periodicidade mensal para remuneração. Parágrafo único. As taxas de juros previstas na legislação em vigor do FGTS são mantidas e consideradas como adicionais à remuneração prevista neste artigo".

Portanto, por conta das razões supra, inaplicável a TR como índice de atualização do saldo devedor. Em sede de sentença, o juízo de 1º grau aplicou o PES (Plano de Equivalência Salarial) como fator de correção monetária do saldo. O apelante, em suas razões, argumenta que o magistrado singular haveria laborado em erro ao proceder de tal forma.

A respeito do tema, o Superior Tribunal de Justiça tem posicionamento atual no seguinte sentido (grifei):

> "AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ESPECIAL. SISTEMA FINANCEIRO DE HABITAÇÃO. VIOLAÇÃO AO ART. 535 DO CPC. AUSÊNCIA. CORREÇÃO MONETÁRIA. SÚMULA 283/STF. PLANO DE EQUIVALÊNCIA SALARIAL. APLICAÇÃO. PRESTAÇÕES MENSAIS. TABELA PRICE. REPETIÇÃO DE INDÉBITO. SÚMULA 322/STJ.
> 1. Não há que se falar em maltrato ao art. 535 do CPC quando o acórdão recorrido, ainda que de forma sucinta, aprecia com clareza as questões essenciais ao julgamento da lide.
> **2. O Plano de Equivalência Salarial - Categoria Profissional é critério de reajuste que somente incide nas às prestações mensais.**
> 3. "Nos contratos vinculados ao SFH, a atualização do saldo devedor antecede sua amortização pelo pagamento da prestação" (Súmula 450 do STJ).
> 4. A análise da existência de capitalização de juros na Tabela Price afigura-se inviável na via estreita do recurso especial, porquanto demanda

> revolvimento dos elementos de convicção dos autos, soberanamente delineados pelas instâncias ordinárias, providência vedada nesta sede especial a teor da súmula 07/STJ.
> 5. Agravo regimental não provido". (AgRg nos EDcl no REsp 942817 / RS ; DJe 02/03/2011 ; Terceira Turma; Rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino)
>
> "CIVIL E PROCESSUAL. SISTEMA FINANCEIRO DA HABITAÇÃO. AÇÃO REVISIONAL. CDC. TR. APLICABILIDADE. ATUALIZAÇÃO, PRIMEIRO, DO SALDO DEVEDOR, E, APÓS, AMORTIZAÇÃO DO VALOR DA PRESTAÇÃO. PLANO DE EQUIVALÊNCIA SALARIAL. REAJUSTE DO SALDO DEVEDOR. IMPOSSIBILIDADE. TABELA PRICE. ANATOCISMO. SÚMULA 07/STJ. APLICAÇÃO.
> I. Conquanto aplicável aos contratos do SFH o Código de Defesa do Consumidor, há que se identificar, no caso concreto, a existência de abusividade no contrato, o que, na espécie dos autos, não ocorre.
> II. Legítima a incidência da TR como indexador contratual. **Nos contratos de mútuo hipotecário é incabível a aplicação do Plano de Equivalência Salarial - PES na correção do saldo devedor, que é reajustado de conformidade com o índice previsto na avença.** Precedente uniformizador da 2ª Seção do STJ: REsp n. 495.019/DF, Relator para Acórdão Ministro Antônio de Pádua Ribeiro, DJU de 06.06.2005.
> III. No Sistema Francês de Amortização, mais conhecido como Tabela Price, somente com detida incursão nas provas de cada caso concreto é que se pode concluir pela existência de anatocismo, vedado em lei. Precedentes.
> IV. É entendimento consolidado neste Tribunal ser correto o prévio reajuste do saldo devedor, antes que se proceda à sua amortização com o abatimento das prestações pagas.
> V. Recurso especial não conhecido". (STJ – Resp 643273 SC 2004/0037670-2; data de Publicação: 16/11/2009)

No entanto, o próprio STJ, em julgados mais antigos, já acolheu o posicionamento exposto na decisão do magistrado singular, adotando o PES como índice de atualização do saldo devedor *(vide Resp 140.839)*.

Creio que o correto posicionamento a respeito da possibilidade de uso do PES como índice de inflação, passa, necessariamente, por uma breve análise histórica do Sistema Financeiro de Habitação, na busca pela *mens* da lei que criou o referido plano.

O PES é fruto da crise do financiamento imobiliário nos anos 80 e 90. Até sua criação (instituído pelo Decreto – Lei 2164/84), existia uma identidade entre os índices de correção dos saldos devedores e aqueles aplicados às prestações do financiamento (ambos acompanhavam a correção das contas de poupança e do FGTS).

Já no ano de 1982, as prestações dos mutuários começaram a apresentar variações superiores aos respectivos salários, tudo em virtude do enfraquecimento da economia a da explosão inflacionária. A criação do PES, portanto, objetivava garantir a capacidade de pagamento das prestações, fazendo com que fossem reajustadas de

acordo com o aumento salarial das categoria profissionais dos mutuários.

Ana Paula Gonçalves da Silva, em artigo publicado na Revista de Direito da Associação dos Advogados da Caixa Econômica Federal, retratou bem a situação:

> "Com o paulatino enfraquecimento da economia e a explosão inflacionária, iniciou-se uma das maiores batalhas registradas no Judiciário brasileiro, girando em torno dos índices aplicáveis às prestações dos financiamentos habitacionais (…) No ano de 1983, o governo então optou pela quebra de identidade de índices de correção dos saldos das dívidas dos contratos de mútuo habitacional (que, como já referido, acompanhavam a correção das contas de poupança e do FGTS) e aqueles aplicados às prestações, atendendo então às reivindicações dos mutuários pela diminuição dos valores de prestações" (**O Julgamento dos Recursos Repetitivos no Âmbito do STJ e as Ações de Massa do SFH**. Revista de Direito da ADVOCEF – Ano VI – Nº 11 – Nov 10)

É dizer, o PES/CP foi criado no intuito exclusivo de conformar os ajustes prestacionais dos mutuários aos aumentos em suas respectivas categorias profissionais. Houve, portanto, uma quebra na identidade de índices, uma opção política com vistas a redução do inadimplemento das prestações.

Tal circunstância revela a preocupação constante do Poder Público em respeitar a vontade da lei criadora do SFH, que consistia em possibilitar que a população de baixa renda pudesse adquirir sua casa própria. O Art. 1º da lei 4380 é claro ao expor que (grifei):

> Art. 1°. O Governo Federal, através do Ministro de Planejamento, formulará a política nacional de habitação e de planejamento territorial, coordenando a ação dos órgãos públicos e orientando a iniciativa privada no sentido de estimular a construção de habitações de interesse social e o financiamento da aquisição da casa própria, especialmente pelas classes da população de menor renda.

No entanto, essa quebra de identidade de índices não conseguiu, a médio prazo, alcançar seu objetivo. Aliás, muito pelo contrário, revelou-se extremamente deletéria, pois, muitas das vezes, o valor das prestações é inferior ao reajuste do saldo devedor. Ou seja, o valor do saldo devedor cresce em expressão numérica, em razão de ser o valor da prestação paga inferior ao valor monetário do reajuste.

No caso presente, temos um caso exemplificativo do supracitado. Ora, ao se compulsar os autos (fls. 58/149) percebe-se que a apelada pagou 144 (cento e quarenta e quatro) prestações das 180 (cento e oitenta) previstas contratualmente. No entanto, em momento algum houve diminuição do valor do saldo devedor. É dizer, não houve amortização alguma. Em verdade, o caso em tela reflete a chamada amortização negativa.

O descasamento dos índices gerou, in casu, um desequilíbrio econômico-

financeiro do contrato. Enquanto o reajuste do saldo devedor era realizado mensalmente pela TR, as prestações eram reajustadas pelos aumentos dos salários da categoria profissional. Tal desequilíbrio não se coaduna com a intenção do legislador.

Nessa esteira, não pode o intérprete e aplicador, portanto, desrespeitar o telos buscado pela norma. Carlos Maximiliano já enfatizava que:

> "Considera-se o Direito como uma ciência primariamente normativa ou finalística; por isso mesmo a sua interpretação há de ser, na essência, teleológica. O hermeneuta sempre terá em vista o fim da norma, o resultado que a mesma precisa atingir em sua atuação prática. A norma enfeixa um conjunto de providências, protetoras, julgadas necessárias para satisfazer a certas exigências econômicas e sociais; será interpretada de modo que melhor corresponda àquela finalidade e assegure plenamente a tutela de interesses para a qual foi regida" (in MAXIMILIANO, Carlos. Hermenêutica e Aplicação do Direito, p. 151, – 152)

Portanto, não merece reforma a decisão recorrida no ponto em que determinou a aplicação do PES como indexador do contrato, tendo em vista a busca pela manutenção do equilíbrio contratual e do respeito ao fim colimado pelo Sistema Financeiro da Habitação, que é a efetivação do direito constitucional à moradia. A esse respeito, transcrevo parte do acórdão do Resp 85521-PR, de 1996, de relatoria do Min. José Delgado:

> "Os órgãos legislativos e os entes da administração do Estado têm obrigação legal e constitucional de seguir, em matéria de habitação um único e válido caminho: aquele que desemboca no atendimento dos justos reclamos populares por uma moradia de sua exclusiva propriedade. Assim, ao legislativo não é dado o poder de colocar-se em contraste com a Constituição, criando normas desfavorecedoras ao programa de democratização da casa própria. E, uma vez iniciada a proteção através dos diplomas legais já indicados toda a legislação subsequente somente poderá surgir em sentido ampliativo, já que o caminho inverso implica em efetiva desproteção familiar"

No tangente à matéria prequestionada no apelo, creio que o art. 15, inciso II, da Lei nº 8692/93, o qual prevê que a atualização do saldo devedor dos contratos do SFH deve se dar pelos mesmos índices de atualização dos depósitos de poupança, deve ter sua aplicação afastada no caso concreto, tendo em vista que a TR não é índice de correção monetária, como já demonstrei anteriormente de forma exaustiva.

No que se refere ao disposto no art. 6º, "c", da Lei nº 4380/64, sigo a orientação jurisprudencial dominante do STJ (Resp 601445, que capitaneou o atual entendimento do STJ), que determina que a atualização monetária do saldo devedor deve anteceder sua amortização pelo pagamento das parcelas. Senão vejamos:

DIREITO ECONÔMICO. SISTEMA FINANCEIRO DE

> HABITAÇÃO. AMORTIZAÇÃO DE PARCELAS PAGAS. PROIBIÇÃO DE ANATOCISMO.
> 1. O art. 6º, letra c, da Lei 4.380/64, que determinava o reajuste do saldo devedor somente após o amortização das parcelas pagas, foi revogado diante de sua incompatibilidade com a nova regra ditada pelo art. 1º do Decreto-Lei nº. 19/66, o qual instituiu novo sistema de reajustamento dos contratos de financiamento e atribuiu competência ao BNH para editar instruções sobre a correção monetária dos valores.
> 2. O Decreto-lei n. 2.291/86 extinguiu o Banco Nacional de Habitação, atribuindo ao Conselho Monetário Nacional e ao Banco Central do Brasil as funções de orientar, disciplinar, controlar e fiscalizar as entidades do Sistema Financeiro de Habitação. Diante dessa autorização concedida pela citada legislação para editar regras para o reajustamento dos contratos de mútuo para aquisição de imóvel residencial, editou-se a Resolução nº 1.446/88-BACEN, posteriormente modificada pela Resolução nº 1.278/88, estabelecendo novos critérios de amortização, nos quais definiu-se que a correção do saldo devedor antecede a amortização das prestações pagas (…) (Resp 601445; Rel. Min. Teori Albino Zavascki; 13/09/2004)

Nesse único ponto, portanto, modifico a sentença vergastada, para determinar que a atualização monetária do saldo devedor (feita pelo PES) deverá anteceder a sua amortização pelo pagamento das parcelas.

À vista do exposto, conheço o apelo, **para lhe dar parcial provimento**, devendo ser mantido todo o conteúdo da sentença recorrida, com exceção do ponto em que determina a aplicação do art. 6º, letra "c", da lei 4380/ 64 ao caso em comento, por toda a argumentação acima exposta.

É como voto.

Fortaleza, 1 de fevereiro de 2012

PROCESSO Nº 0122240-34.2009.8.06.0001/1
APELAÇÃO DA COMARCA DE FORTALEZA
APELANTE: SUL AMÉRICA SEGURO SAÚDE S/A
APELADO: ESPÓLIO DE CARLOS ROBERTO OLIBA GUSMON
ÓRGÃO JULGADOR: 3ª CÂMARA CÍVEL
RELATOR: DES. FRANCISCO GLADYSON PONTES

EMENTA: PROCESSO CIVIL. APELAÇÃO CÍVEL. CONSUMIDOR. SEGURO SAÚDE. TRANSPLANTE HEPÁTICO NÃO AUTORIZADO EM RAZÃO DA NATUREZA DE REEMBOLSO DO CONTRATO AVENÇADO. IMPOSSIBILIDADE DE ANTECIPAÇÃO DAS DESPESAS MÉDICO-HOSPITALARES PELO CONSUMIDOR. INTERPRETAÇÃO LITERAL DE CLÁUSULAS CONTRATUAIS. DESARRAZOABILIDADE NO CASO CONCRETO. AFRONTA AOS PRINCÍPIOS DA BOA-FÉ OBJETIVA E DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA. INTELIGÊNCIA DO ART. 47 DO CDC. DANOS MORAIS E MATERIAIS COMPROVADOS. POSSIBILIDADE DE TRANSMISSÃO DA INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS AOS SUCESSORES DO SEGURADO, FALECIDO NO CURSO DO PROCESSO. PRECEDENTES DO STJ E DESTA CORTE DE JUSTIÇA. RECURSO DE APELAÇÃO CONHECIDO E IMPROVIDO.

1. No caso em exame, pretendia o Apelado autorização para realização de cirurgia de transplante de fígado, dado ser, à época do pedido inicial, o primeiro da fila de transplante de fígado.

2. A natureza jurídica do contrato de seguro saúde firmado entre as partes era de reembolso das despesas efetuadas com médicos e hospitais.

3. Qualquer que seja a perspectiva tomada para analisar o presente caso, a interpretação deve ser a mais favorável ao consumidor, nos termos do art. 47 do CDC, que diz assim: "*As cláusulas contratuais serão interpretadas de maneira mais favorável ao consumidor"*.

4. O Apelado não detinha condições financeiras para antecipar as despesas médico-hospitalares para o seu tratamento. Na falta de um dano à Seguradora/Apelante pode-se dizer

que a interpretação literal dada à cláusula contratual em comento, importaria (como importou), um dano grave ao bem jurídico do Segurado/Apelado, consistente no direito à saúde ameaçado de restrição que não guarda equivalência com o critério adotado para o não pagamento das despesas diretamente pela Seguradora/Apelante. Constato, em verdade, a desarrazoabilidade da interpretação da Apelante, justamente em razão das avassaladoras consequências advindas da sua postura omissiva.

5. Nesse passo, é lógico e evidente o temor, a dor e a angústia, pelas quais passou o Apelado e sua família, restando, configurado, portanto, o dano moral, cuja indenização poderá ser transmitida aos herdeiros do Apelado (falecido).

6. Consta nos autos recibos que comprovam os valores desembolsados pelo Apelado, relativamente a exames de ultrassom e ao internamento que se iniciou no dia 05/10/2009, no Hospital São Carlos. Referidos gastos, independentemente de autorização prévia, deverão ser reembolsados pela Seguradora/Apelante, conforme previsto no contrato em comento, sendo aplicável, também, nesse caso, a interpretação mais favorável ao consumidor, dado o comportamento omissivo da Apelante.

7. Recurso de Apelação 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, por unanimidade de votos, para CONHECER do Recurso de Apelação e NEGAR-LHE PROVIMENTO, nos termos do voto do Relator, que faz parte desta decisão.

RELATÓRIO

Trata-se de Apelação interposta contra sentença oriunda do juízo da 5ª Vara Cível da Comarca de Fortaleza, nos autos da Ação de Indenização por Danos Morais e Obrigação de Fazer, movida por CARLOS ROBERTO OLIBA GUSMON contra SUL AMÉRICA SEGURO SAÚDE S/A.

Na sentença recorrida, o magistrado *a quo* julgou procedente o pedido formulado na mencionada ação de conhecimento *"... condenando a promovida SUL*

AMÉRICA COMPANHIA DE SEGUROS a reembolsar todo o montante despendido pelo promovente para realização do tratamento médico (...), assim como numa indenização por danos morais no importe de R$ 60.000,00 (sessenta mil reais), ante a morte do autor..." (fls. 245/252).

Aviados Embargos Declaratórios pela Sul América Seguro Saúde S/A, o juiz monocrático os acolheu, em parte, para esclarecer contradição apontada pela Embargante, razão pela qual agregou a seguinte alteração ao dispositivo da decisão em apreço: *"Espalmando a contrariedade acima focalizada, uma vez comprovadas as despesas médicas pelo embargado, hei por bem ratificar a condenação da embargante a reembolsar as citadas despesas, (...)mantendo-se incólumes os demais fundamentos e termos da decisão embargada, para que surta seus jurídicos e legais efeitos"* (fls. 254/260; 270/271).

Em suas razões recursais, a Apelante insurge-se contra a sentença, requerendo sua reforma, e o provimento do pleito recursal.

Alega, preliminarmente, cerceamento de defesa e ausência de habilitação dos herdeiros, dada a morte superveniente do Apelado. No mérito, requer a aplicabilidade do princípio da força obrigatória (*pacta sunt servanda)*, relativamente ao contrato de seguro saúde, objeto desta demanda, e, consequentemente, requer a improcedência dos pedidos formulados pelo Apelado, consistentes em indenização por danos morais e materiais. Quanto aos danos morais, caso não afastados, suplica a redução, assim como quanto aos honorários advocatícios. Por fim, destaca ser o Apelado beneficiário da assistência judiciária gratuita, razão pela qual requer o afastamento da sua condenação ao pagamento das custas processuais (fls. 274/305).

A apelada ofertou contrarrazões às fls. 328/361, reforçando a tese recorrida, e requereu o improvimento do apelo, juntando, às fls. 364/368, pedido de habilitação dos sucessores do Apelado.

É o breve relatório.

Revistos e incluídos em pauta de julgamento.

VOTO

Presentes os pressupostos extrínsecos e intrínsecos de admissibilidade do recurso, passo à análise dos pontos controvertidos.

I – PRELIMINARES

1. Cerceamento de Defesa

Insurge-se o Apelante contra a sentença vergastada, arguindo, preliminarmente, que o julgamento antecipado da lide não oportunizou às partes a produção de provas, acarretando cerceamento do direito de defesa.

Compulsando os autos, verifico que não há como acatar a citada tese recursal, uma vez que o mérito da demanda repousa em questão de direito e de fato, que, no entanto, prescinde de produção de provas em audiência, sendo, portanto, desnecessária a instrução probatória (art. 330, inciso I do CPC).

Além disso, o magistrado, no despacho que anunciou o julgamento antecipado da lide, instou as partes a se manifestarem sobre a possibilidade de conciliação ou o desejo de produzirem provas em juízo, consignando que, no seu silêncio, o feito seria julgado no estado em que se encontra (fl. 232).

O Apelado concordou com o julgamento antecipado, enquanto o Apelante requereu o sobrestamento do feito pelo prazo de trinta dias para o fim de avaliar possível composição amigável (fls. 198/204; 234/237). Passados três meses, a sentença foi publicada e o Apelante nada manifestou neste intervalo, donde se extrai a inocuidade de sua pretensão conciliatória, senão a sua intenção de postergar o feito.

Não há que se olvidar ainda que o juiz não está obrigado a julgar a causa conforme pleiteado pelas partes, mas sim de acordo com o seu livre convencimento, de conformidade com o disposto no artigo 131 do CPC, que encontra plena aplicação no caso vertente.

Neste sentido, manifesta-se o Superior Tribunal de Justiça e esta Corte de Justiça:

> **O julgamento antecipado, por si só, não caracteriza cerceamento de defesa, já que cabe ao magistrado apreciar livremente as provas dos autos, indeferindo aquelas que considere inúteis ou meramente protelatórias.** (STJ - AGRESP 251038-SP - Rel. Min. Castro Filho - DJU 25.3.2002.)

> APELAÇÃO CÍVEL. EMBARGOS À EXECUÇÃO. CHEQUE. JULGAMENTO ANTECIPADO DA LIDE. INOCORRÊNCIA DE CERCEAMENTO DE DEFESA. PRINCÍPIO DO LIVRE CONVENCIMENTO MOTIVADO DO JULGADOR. SENTENÇA MANTIDA 1. **Inexiste cerceamento de defesa quando o órgão julgador, convencido da verdade dos fatos, julga antecipadamente o feito e indefere, por conseguinte, a produção de provas orais que não exerceriam influência no deslinde da controvérsia, situação esta presente nos autos sob apreciação.** 2. **Nos termos da jurisprudência desta C. Corte de Justiça, a ausência de prévio anúncio do julgamento antecipado da lide não implica afronta aos princípios do contraditório e do devido processo legal quando for desnecessária a instrução probatória.** Apelação Cível conhecida e desprovida. (Apelação Cível nº 44362143200080600000, Relator Manoel Cefas Fonteles Tomaz, 6ª Câmara Cível, Tribunal de Justiça do CE, Registrado em 09/01/2012)

Rejeito, pois, a preliminar de cerceamento de defesa.

2. Ausência de Habilitação dos Sucessores

Ressente-se o Apelante pela ausência de habilitação dos sucessores do Apelado, após sua morte.

O falecimento de Carlos Roberto Oliba Gusmon foi noticiado nos autos pouco antes da prolação da sentença, sendo que a habilitação de seus sucessores deu-se em momento posterior (fl. 364).

A habilitação incidente é medida necessária para a continuidade do processo, prevista nos arts. 265 e 1.055 e seguintes do CPC. Poderá ser efetivada a qualquer tempo, desde que não fuja às raias da razoabilidade.

No caso concreto, a habilitação ocorreu durante o trâmite do presente Recurso de Apelação (art. 1.059, do CPC), conforme acima aludido. Portanto, não há que se falar em extinção do processo pela ausência de habilitação dos sucessores do Apelado.

O Regimento Interno deste Tribunal de Justiça, inclusive, prevê a possibilidade de habilitação na instância superior, *ex vi* do art. 171:

> Art. 171. Pendente o feito de decisão na instância superior, a habilitação será requerida ao Relator e perante ele processada, na forma dos arts. 1.057 a 1.062 do Código de Processo Civil.

Por outro prisma, estabelece o art. 1.060, inciso I, do CPC, que:

> Art. 1.060. Proceder-se-á à habilitação nos autos da causa principal e independentemente de sentença quando:
> I - promovida pelo cônjuge e herdeiros necessários, desde que provem por documento o óbito do falecido e a sua qualidade.

Assim, afasto a preliminar em comento porquanto devidamente comprovada nos autos a habilitação dos sucessores do Apelado.

No que tange à questão acerca da transmissibilidade do direito à indenização por danos morais aos herdeiros do Apelado, deixo para apreciar nas linhas que seguem, por constituírem matéria de mérito.

II – MÉRITO

1. Da relação jurídica entabulada entre as partes

In casu, as partes firmaram o denominado Contrato de Seguro de Reembolso de Despesas com Assistência Médica e/ou Hospitalar, com o objetivo de garantir ao Segurado/Apelado o reembolso de despesas médicas e hospitalares, caso efetuadas em seu tratamento, mediante o pagamento mensal do prêmio do seguro. Em contrapartida,

a Seguradora/Apelante deve informar as garantias dadas e pagar o ressarcimento devido no lapso de tempo estipulado.

Consigne-se, de logo, que os serviços prestados pelos planos ou seguros de saúde estão submetidos às disposições do Código de Defesa do Consumidor, enquanto **relação de consumo**, dispondo aquele diploma legal em seu art. 3º, § 2º, o seguinte:

> Art. 3° Fornecedor é toda pessoa física ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira, bem como os entes despersonalizados, que desenvolvem atividade de produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou prestação de serviços.
> § 1° (...)
> § 2° Serviço é qualquer atividade fornecida no mercado de consumo, mediante remuneração, inclusive as de natureza bancária, financeira, de crédito e securitária, salvo as decorrentes das relações de caráter trabalhista.

O STJ, por meio do enunciado da Súmula 469, firmou esse entendimento, *in verbis*:

> **Aplica-se o Código de Defesa do *Consumidor* aos contratos de *plano* de *saúde*.**

Dessa forma, há perfeita incidência normativa do Código de Defesa do Consumidor nos contratos atinentes a essa espécie de seguro, podendo se definir como sendo um serviço a cobertura do seguro ofertada pela empresa seguradora de saúde, consubstanciada no pagamento dos prejuízos decorrentes de riscos futuros estipulados no contrato aos seus clientes, os quais são destinatários finais deste serviço.

No caso em exame, pretendia o Apelado autorização para realização de cirurgia de transplante de fígado, dado ser, à época do pedido inicial, o primeiro da fila de transplante de fígado. Porém, consta na exordial que a referida autorização fora-lhe denegada, comprometendo o seu lugar na fila de espera do transplante, levando-o ao quarto lugar.

Em seguida, afirma que após determinado período de internação passou, novamente, a figurar em primeiro lugar na fila de transplante. Contudo, mais uma vez, restaram infrutíferas as tentativas de realização da cirurgia de transplante, sobrevindo-lhe a morte (fl. 206).

Ao analisar os documentos insertos nos autos não há dúvida sobre a existência da avença entre as partes, bem como da pontualidade do Apelado em relação ao pagamento do prêmio mensal, fatos estes confirmados pelo próprio Apelante (fls. 147/175).

Também, é inconteste a natureza jurídica do pacto firmado entre as partes: de reembolso das despesas efetuadas com médicos e hospitais.

A cláusula 1 do referido contrato (fls. 78/105) deixa clara a natureza

jurídica assinalada, ou seja:

> 1 – OBJETO DO SEGURO
>
> (…) este seguro tem como objetivo garantir ao segurado, para cada evento, o reembolso das despesas médicas e/ou hospitalares efetuadas com seu tratamento ou de seus dependentes incluídos no seguro, junto a médico ou estabelecimento médico de sua livre escolha, no Brasil ou no exterior, em razão de doença, acidente pessoal ou gravidez.

Diz, ainda, o contrato, que:

> 2.14 – LISTA REFERENCIAL DE PRESTADORES
> (…)
> Sempre que o segurado utilizar um dos prestadores constantes da lista referencial, a seguradora efetuará, por conta e ordem do segurado, o pagamento dos serviços efetuados, diretamente ao prestador, observadas as Condições Gerais e Particulares do seguro, quando houver.
> (…)
> 19.2 – LIVRE ESCOLHA COM REEMBOLSO
> O sistema de Livre Escolha permite que o segurado utilize médicos ou entidades médicas, independentemente dos relacionados na Lista Referencial de Prestadores, conforme sua preferência. Ao proceder desta forma, o segurado paga ao profissional ou à entidade utilizada, e solicita o reembolso das despesas à Sul América, que o ressarcirá conforme os serviços e as condições do plano contratado.

Da leitura das cláusulas em destaque, então, depreende-se que a única hipótese em que haveria o pagamento direto da seguradora ao prestador de serviço – médico/hospital – seria aquela na qual o segurado se utilizasse dos serviços médicos ou das entidades médicas constantes da Lista Referencial de Prestadores. Não é a hipótese dos autos.

No presente caso, o único hospital, em Fortaleza, autorizado a realizar a cirurgia de transplante de fígado era o Hospital São Carlos (fls. 57/58), que não fazia parte da citada Lista Referencial de Prestadores. Assim, restaria ao Apelado a opção de custear a cirurgia e seu tratamento e, somente depois, ser reembolsado das despesas, conforme prevê o contrato.

Pois bem. No caso em tela, restou satisfatoriamente demonstrada a necessidade de tratamento curativo ao Paciente/Apelado, recomendado por profissionais especializados, consistente na cirurgia de transplante de fígado – código do procedimento K-7 4.6, (fls. 37/38), bem como que o único estabelecimento habilitado para retirada e transplante de fígado no município de Fortaleza era o Hospital São Carlos (fls. 57/58), não credenciado do seguro saúde do Apelado.

A Apelante, entretanto, na contramão do direito, não concedeu a autorização necessária para a cirurgia, firmando-se, unicamente, na natureza do contrato

de reembolso (fls. 274/305).

Ora, qualquer que seja a perspectiva tomada para analisar o presente caso, a interpretação deve ser a mais favorável ao consumidor, nos termos do art. 47 do CDC, que diz assim:

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

A resistência da Apelante se resume apenas ao momento do desembolso, ou seja, após o segurado efetuar o pagamento das despesas poderá, então, pedir o reembolso.

Não há menção alguma, no processo, que a antecipação desse valor possa-lhe causar prejuízo. Portanto, na falta de um dano à Seguradora/Apelante pode-se dizer que a interpretação literal dada à cláusula 19.2, acima transcrita, importaria (como importou), um dano grave ao bem jurídico do Segurado/Apelado, consistente, como visto, no direito à saúde ameaçado de restrição que não guarda equivalência com o critério adotado para o não pagamento das despesas diretamente pela Seguradora/Apelante. Constato, em verdade, a desarrazoabilidade da interpretação da Apelante, justamente em razão das avassaladoras consequências advindas da sua postura omissiva.

Assim, a Apelante não cumpriu o contrato na medida em que manteve-se inerte à solicitação do Apelado, que, por sua vez, viu-se sem saída, porquanto não tinha como honrar o pagamento da cirurgia em comento, dado o seu alto custo. Está clarividente que se tivesse as condições financeiras para tanto teria realizado o pagamento antecipado, haja vista o risco e as condições evidenciadas nos autos.

Sem sombra de dúvida, houvesse a Seguradora/Apelante autorizado a realização do transplante, o Apelado teria se submetido ao ato cirúrgico recomendado, e as pendências financeiras seriam solucionadas posteriormente. Naquele momento, enfim, não cabia à Apelante "dar às costas" ao Apelado, dadas as circunstâncias, e, principalmente, em homenagem à boa-fé do Consumidor/Apelado, que sempre honrou com seus pagamentos, junto à operadora de saúde.

Um dos elementos essenciais do contrato de seguro, além da cobertura do risco, é a **boa-fé**, prevista no art. 422 da atual legislação civil, *in verbis:*

> Art. 422. Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios da probidade e da boa-fé.

A respeito da boa-fé norteadora dos contratos, preleciona Jorge Cesa, *in A boa-fé e a violação positiva do contrato,* RJ: Renovar, 2002, ps. 48 e 54, que:

> "À boa fé foi então conduzida e reconduzida uma série de eficácias, prévias à constituição do vínculo, contemporâneas da execução e até posteriores a realização da prestação, que, na ideia de confiança, encontraram um de seus

> mais importantes fundamentos materiais.
> (...)
> Os efeitos da boa fé podem, assim, não ser declarados pelas partes, não ser por elas queridos ou ser por elas totalmente desprezados. Não obstante, participarão do conteúdo jurídico da relação, assim como participa deste conteúdo toda a normatividade legal (em sentido estrito) não declarada ou querida pelas partes."

Assim, no caso em tablado, identifico violação direta ao festejado princípio da boa-fé objetiva, de forma, inclusive, desumana.

O comportamento omissivo da Seguradora/Apelante é inescusável, considerando que conhecia a crítica condição de saúde apresentada pelo Apelado e, manteve-se inerte.

Ora, tratando-se de pessoa em delicado estado de saúde física, cercado de entes queridos fragilizados pela sua situação de risco, entendo que a postura adotada pela Apelante acarretou, sim, sérios problemas à vida do Apelado, contribuindo, inclusive, para o consequente falecimento dele. Assim, vislumbro flagrante ofensa à **dignidade da pessoa humana** que, considerada a centralidade desse princípio fundamental, deve sempre preponderar no caso concreto (art. 1º, inciso III, da CF/88).

Sobre a temática, colaciono o seguinte aresto deste Tribunal de Justiça:

> AGRAVO DE INSTRUMENTO. PROCESSUAL CIVIL. CONSUMIDOR. PLANO DE SAÚDE. NEGATIVA DE TRATAMENTO SOB ARGUMENTO DE INEXISTÊNCIA DE PREVISÃO CONTRATUAL. DIREITO FUNDAMENTAL À VIDA E À SAÚDE. DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA. RECURSO CONHECIDO MAS IMPROVIDO. 1. Paciente portador de diabetes com "Síndrome de Fournier" necessita submeter-se a sessões de oxigenoterapia em câmara hiperbárica, ao qual se nega a UNIMED sob o argumento de que o tratamento concedido na liminar não está incluso no Rol de Procedimentos do contrato de plano de saúde. 2. Os contratos de adesão de plano de saúde devem obedecer as normas do Código de Defesa do Consumidor, então, havendo necessidade do paciente, fica a operadora obrigada a fornecer o tratamento adequado, independentemente de previsão ou limitação contratual de acordo com o que preceitua o CDC. 3. Decisão do juiz *a quo* oferece proteção especial ao direito à vida e à saúde e, sobretudo, ao princípio da dignidade da pessoa humana, um dos pilares do ordenamento jurídico nacional. 4. *In casu*, foram provados os requisitos para concessão de liminar, uma vez que comprovado ficou a presença de *periculum in mora* face à urgência do exame que a parte agravada necessitava. 5. Agravo de Instrumento e improvido. (Agravo de Instrumento nº 2293794200280600000, Relator Paulo Francisco Banhos Ponte, 1ª Câmara Cível, Registrado em 24/11/2011)

Por tudo isso, a interpretação que se deve dar à cláusula em comento (19.2 do contrato), na sua incidência ao caso concreto, é esta: ela não se aplica à situação do Apelado, bem como não se aplicaria em situações similares, porque aplicá-la resultaria

no exercício abusivo de um direito contratual e, talvez por isto mesmo, na intolerável restrição a um direito fundamental.

2. Da indenização por danos morais

É cediço que ocorre o dano moral quando uma pessoa sofre abalo psicológico que pode afetar sua honra, intimidade, imagem, nome, consistindo em violações de natureza não econômica e de caráter subjetivo, cuja extensão da dor varia de acordo com cada indivíduo, causando-lhe diversos transtornos de ordem psicológica.

Dessa forma, nos casos como da espécie, a negação ao paciente da necessária intervenção cirúrgica de transplante de fígado é capaz de gerar o dano moral, tendo em vista que no momento em que mais precisa, quando já está com sua situação psicológica abalada em face do cometimento da doença, ainda tem que passar pelos transtornos de ver negada a autorização para realizar seu tratamento médico.

Nesse passo, é lógico e evidente o temor, a dor e a angústia, pelas quais passou o Apelado e sua família, restando, configurado, portanto, o dano moral.

Esse é o entendimento da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça:

> Direito Civil. Recurso especial. Plano de saúde. Cirurgia bariátrica. Recusa indevida. Dano moral. Cabimento. -É evidente o dano moral sofrido por aquele que, em momento delicado de necessidade, vê negada a cobertura médica esperada. Precedentes do STJ. Recurso especial provido. (REsp 1054856/RJ, Rel. Mina. Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 05.11.2009, DJe 18.11.2009.)

> AGRAVO REGIMENTAL. PLANO DE SAÚDE. CIRURGIA CARDÍACA. IMPLANTE DE MARCAPASSO. RECUSA INDEVIDA DA COBERTURA. DANO MORAL CONFIGURADO. Em consonância com a jurisprudência pacificada deste Tribunal, a recusa indevida à cobertura médica enseja reparação a título de dano moral, uma vez que agrava a situação de aflição psicológica e de angústia no espírito do segurado, já combalido pela própria doença. Precedentes. Agravo improvido. (AgRg no REsp 978.721/RN, Rel. Ministro Sidnei Beneti, Terceira Turma, julgado em 21.10.2008, DJe 05.11.2008.)

> 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 consequências 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)

Em relação ao *quantum* devido pelos danos morais sofridos, muito embora de difícil mensuração, porquanto atinge o ser humano em sua esfera íntima, deve o magistrado se valer do bom senso, da equidade, passando a fixar valores razoáveis que não podem provocar o enriquecimento ilícito de um, nem ser tão inexpressivo a ponto de afastar o cunho sancionador da medida.

Nesse passo, levando em consideração as peculiaridades do caso, os transtornos pelos quais passou o Apelado, que, inclusive, faleceu, provavelmente muito em razão da ausência do transplante, reputo como razoável o valor de R$ 60.000,00 (sessenta mil reais) fixado pelo juízo *a quo* a título de danos morais, por atender aos fins a que se destina, já que terá o caráter sancionador e pedagógico, para se evitar novas condutas ofensivas.

A propósito, valho-me da lição de Sérgio Cavalieri Filho, *in Programa de Responsabilidade Civil.* São Paulo: Atlas, 2010, 9ª ed., p. 98:

> "Para que a decisão seja razoável é necessário que a conclusão nela estabelecida seja adequada aos motivos que a determinaram; que os meios escolhidos sejam compatíveis com os fins visados; que a sanção seja proporcional ao dano. Importa dizer que o juiz, ao valorar o dano moral, deve arbitrar uma quantia que, de acordo com o seu prudente arbítrio, seja compatível com a reprovabilidade da conduta ilícita, a intensidade e duração do sofrimento experimentado pela vítima, a capacidade econômica do causador do dano, as condições sociais do ofendido, e outras mais que se fizerem presentes".

No caso concreto, convém assinalar, ainda, que é possível a **transmissão, aos herdeiros do Apelado (falecido), da indenização fixada a título de danos morais.**

O Código Civil, em seu art. 12, prevê a possibilidade dos sucessores de reclamar perdas e danos, *in verbis*:

> Art. 12. Pode-se exigir que cesse a ameaça, ou a lesão, a direito da personalidade, e reclamar perdas e danos, sem prejuízo de outras sanções previstas em lei.
> Parágrafo único. Em se tratando de morto, terá legitimação para requerer a medida prevista neste artigo o cônjuge sobrevivente, ou qualquer parente em linha reta, ou colateral até o quarto grau.

E outro não é o entendimento esposado pelo STJ, conforme cito o ilustre posicionamento a seguir:

> CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. INDENIZAÇÃO. DANO MORAL. VÍTIMA. FALECIMENTO. SUCESSORES. LEGITIMIDADE. PEDIDO. PETIÇÃO INICIAL. INTERPRETAÇÃO LÓGICO-SISTEMÁTICA. ART. 42 DO CP. OFENSAS VEICULADAS EM PROCEDIMENTO

> EXTRAJUDICIAL. INAPLICABILIDADE. OFENSAS CONTRA JUIZ. INAPLICABILIDADE. DANO MORAL. INDENIZAÇÃO. REVISÃO PELO STJ. VALOR IRRISÓRIO OU EXCESSIVO. POSSIBILIDADE. 1. Embora a violação moral atinja apenas o plexo de direitos subjetivos da vítima, o direito à respectiva indenização transmite-se com o falecimento do titular do direito, possuindo o espólio e os herdeiros legitimidade ativa *ad causam* para ajuizar ação indenizatória por danos morais, em virtude da ofensa moral suportada pelo de cujus. Precedentes. 2. Se o espólio, em ação própria, pode pleitear a reparação dos danos psicológicos suportados pelo falecido, com mais razão deve se admitir o direito dos sucessores de receberem a indenização moral requerida pelo de cujus em ação por ele próprio iniciada. 3. O pedido deve ser extraído da interpretação lógico sistemática da petição inicial, a partir da análise de todo o seu conteúdo. Precedentes. 4. (...) 6. A revisão de montante arbitrado a título de indenização por danos morais comporta revisão pelo STJ nas hipóteses em que se mostrar manifestamente irrisório ou excessivo. 7. Recursos especiais parcialmente providos. (REsp 1071158/RJ, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 25/10/2011, DJe 07/11/2011).

3. Dos danos materiais

Relativamente aos danos materiais, também não merece prosperar o reclamo da Apelante.

De fato, consta nos autos recibos que comprovam os valores desembolsados pelo Apelado, relativamente a exames de ultrassom e ao internamento que se iniciou no dia 05/10/2009, no nosocômio acima mencionado (fls. 54/56; 61).

Referidos gastos deverão ser reembolsados pela Seguradora/Apelante, conforme previsto no contrato em comento (cláusula 19.2). Afinal de contas, foram necessários ao tratamento até então exigido para o Paciente/Apelado.

Se a Seguradora/Apelante não autorizou a realização do referido exame e internação, conforme reza o contrato (cláusula 7), infringiu a avença e, novamente, demonstrou o descaso com o Paciente/Apelado, conforme mencionado linhas acima. A uma, porque constituem-se em despesas cobertas pelo seguro em tablado (cláusula 4.1) e, a duas, porque necessárias ao tratamento ao qual submetido o Paciente/Apelado, independentemente de autorização da Seguradora/Apelante.

Dizem o seguinte, as referidas cláusulas:

> 4 – COBERTURA– INTERNAÇÕES HOSPITALARES, abrangendo:
> (…)
> d) exames complementares indispensáveis para controle da evolução da doença, realizados após a internação hospitalar e até a data da alta hospitalar;
>
> 7 – AUTORIZAÇÕES PRÉVIAS
> A realização dos procedimentos médicos e serviços relacionados adiante,

> dependerá de prévia autorização da Seguradora.
> O pagamento referente a despesas relacionadas com estes procedimentos, realizados pelo segurado sem a prévia autorização da Seguradora, não será por esta reembolsado.

Portanto, agiu bem o magistrado *a quo* quando condenou a Seguradora/ Apelante a reembolsar o montante despendido pelo Apelado para realização do tratamento médico requerido.

Desta feita, valho-me, mais uma vez, da incidência do disposto no art. 47, do CDC, acima debatido, para o fim de concluir que a aplicação literal da cláusula 7 do contrato resultaria no exercício abusivo de um direito contratual e, talvez por isto mesmo, na intolerável restrição a um direito fundamental do Apelante.

4. Das custas e honorários advocatícios

Relativamente às custas processuais o CPC dispõe que estas caberão ao vencido (art. 20, do CPC). O que ocorre, muitas vezes, é que se o vencido é beneficiário da assistência judiciária gratuita este ônus é suspenso pelo prazo de 5 (cinco) anos, nos moldes do art. 12, da Lei 1.060/50.

No caso, entretanto, a Apelante não é beneficiária da justiça gratuita, porquanto insubsistente a pretensão recursal que almeja o não recolhimento das custas, apenas por considerar que a outra parte (vencedora) é beneficiária da justiça gratuita.

No tocante à condenação de honorários, não me parece desarrazoada aquela arbitrada pelo magistrado *a quo*. De fato, valeu-se o juiz de piso dos parâmetros previstos no CPC, que limita a condenação dos honorários de 10% a 20% sobre o valor da condenação, em conformidade com o grau de zelo do profissional, a natureza e a importância da causa, e o trabalho e o tempo despendidos pelo advogado.

III – DISPOSITIVO

Ante o exposto, **CONHEÇO** do Recurso de Apelação para **NEGAR-LHE PROVIMENTO**, mantendo, integralmente, a sentença recorrida.

É como voto.

Fortaleza, 27 de fevereiro de 2012.

Apelação Cível nº 2002.0003.4793-8/0, da 13ª Vara Cível da Comarca de Fortaleza.
Apelantes: Joaquim Nóbrega Girão e Maria Stela do Nascimento Girão.
Apelados: Empresa Nossa Senhora Aparecida, Hospital Mira y Lopes e Real Previdência e Seguros S.A..
Relatora: Desa. Maria Iracema do Vale Holanda.

EMENTA: CIVIL. RESPONSABILIDADE CIVIL. DANOS MATERIAS E MORAIS. ATROPELAMENTO FATAL. CULPA EXCLUSIVA DA VÍTIMA. PACIENTE DE HOSPITAL PSIQUIÁTRICO. CULPA *IN VIGILANDO*.

01. Tratam os autos de ação de reparação por danos materiais e morais em razão de atropelamento fatal de paciente de hospital psiquiátrico por ônibus de transporte urbano.

02. Ausente a comprovação de conduta culposa do condutor do veículo e reconhecida a excludente de ilicitude civil da culpa exclusiva da vítima, que atravessou a avenida em momento inoportuno, não é possível condenar a empresa de ônibus ou sua seguradora.

03. Configurada a responsabilidade do hospital psiquiátrico, posto este não poder arguir culpa da vítima como defesa, já que o *de cujus* era pessoa que não respondia por seus atos e estava sob os cuidados do nosocômio, caracterizando a culpa *in vigilando* e o nexo causal com o dano.

04. No que concerne ao pleito de danos materiais, requeridos na inicial sob o rótulo de danos físicos, não assiste razão aos apelantes, pois nenhuma prova foi colacionada ou produzida que demonstre prejuízos desta natureza.

05. Danos morais fixados em R$ 15.360,00 (quinze mil, trezentos e sessenta reais), considerando as especificidades do caso e o valor indicado na inicial, posto que o mesmo foi proposto em patamar que não exorbita a justa medida para a hipótese.

- Apelação conhecida e parcialmente provida.
- Sentença reformada em parte.
- Unânime.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de Apelação nº

2002.0003.4793-8/0, em que figuram as partes acima indicadas. Acorda a 4ª Câmara Cível do egrégio Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, por unanimidade, **em conhecer do recurso e dar-lhe parcial provimento**, reconhecendo a culpa do Hospital Mira y Lopes, com a fixação dos danos morais em R$ 15.360,00 (quinze mil, trezentos e sessenta reais), nos termos do voto da Relatora.

Fortaleza,10 de junho de 2009.

RELATÓRIO

Tratam os presentes autos de Apelação Cível interposta com o objetivo de reformar sentença proferida pela 13ª Vara Cível de Fortaleza que julgou improcedente a ação.

O caso/a ação originária: Joaquim Nóbrega Girão e Maria Stela do Nascimento Girão ingressaram com ação de indenização por danos materiais e morais em razão de acidente de trânsito fatal que levou seu filho a óbito. Alegam os requerentes que o *de cujus*, após fugir do hospital psiquiátrico em que se encontrava internado, foi atropelado por ônibus de transporte urbano ao tentar atravessar a avenida José Bastos. A Empresa Nossa Senhora Aparecida, por ocasião de sua **contestação** (fls. 43/63), alegou que o sinistro se deu por culpa exclusiva da vítima, que avançou na pista em momento que não permitia mais ao motorista do veículo empreender manobra evasiva. O segundo requerido, Hospital Mira y Lopes, também apresentou **contestação** (fls. 74/83) argumentando que não tem culpa pelo sinistro, uma vez que a vítima havia fugido e não se encontrava mais sob sua responsabilidade. Por fim, o litisdenunciado, Real Previdência e Seguros S.A., igualmente atravessou **contestação** (fls. 172/175), reafirmando a tese de culpa exclusiva da vítima.

A sentença: às fls. 262/266, o MM. Juiz da 30ª Vara Cível da Comarca de Fortaleza julgou **improcedente** o pedido inicial. Transcrevo o dispositivo da sentença, no que interessa:

> "Desta forma hei por bem em julgar, por sentença, totalmente improcedente a presente ação uma vez de não reconhecer a responsabilidade indenizatória da Empresa Nossa Senhora de Fátima Ltda., Real Seguradora e Hospital Mira Y Lopez, diante das justificativas já afirmadas, ausentes qualquer relação de causalidade que determine o pagamento das verbas pugnadas na inicial". (sic)

A apelação: Inconformados com a sentença os requerentes ingressaram com o recurso de fls. 268/272, reafirmando os argumentos apresentados na inicial, requerendo a reforma da sentença para condenar os apelados ao ressarcimento dos danos sofridos.

Todos os apelados atravessaram **contrarrazões** (fls. 275/283, 285/288

e 297/305), pugnando pela manutenção da sentença, por seus próprios e jurídicos fundamentos.

É o relatório.

Revisão feita pelo Excelentíssimo Senhor Des. Lincoln Tavares Dantas.

VOTO

Tratam os autos de ação de reparação por danos materiais e morais em razão de atropelamento fatal de paciente de hospital psiquiátrico por ônibus de transporte urbano.

Considerando que o tema obedece as regras gerais de responsabilidade civil, para que reste caracterizado o dever de reparar se deve perquirir, no plano fático, a existência concomitante de um dano efetivo e de conduta dolosa ou culposa por parte do agente, além do liame de causalidade entre ambos, pressupostos da responsabilidade estabelecida no art. 159 do Código Civil de 1916.

Passemos a analisar separadamente a responsabilidade de cada um dos apelados pelos danos materiais e morais sofridos pelos recorrentes.

1. DA RESPONSABILIDADE DA EMPRESA DE ÔNIBUS E DA SEGURADORA

Na hipótese dos autos, constata-se, de início, não restar configurado ato ilícito por parte da Empresa Nossa Senhora Aparecida, circunstância que, por consequência lógica, afasta a responsabilidade de sua seguradora, que passou a compor a lide na situação de litisdenunciada.

Como pode ser observado, as provas existentes nos autos são categóricas em reconhecer que a vítima foi responsável pelo acidente, pois avançou na pista em momento que não permitia mais ao motorista do veículo empreender manobra evasiva.

A perícia realizada pelo Instituto de Criminalística no local do acidente (fls. 23/26), concluiu que o sinistro se deu exclusivamente por culpa da vítima, como se depreende do seguinte trecho do laudo técnico:

> "Ante o exposto, entendem os técnicos que o acidente em estudo e suas consequência, deveram-se ao pedestre ao adentrar bruscamente no leito da citada avenida, sem atentar as condições de tráfego". (sic)

Em situação bastante similar a dos autos, este egrégio Tribunal de Justiça já se manifestou no mesmo sentido, como se depreende do excerto jurisprudencial que segue transcrito:

> "CIVIL. INDENIZAÇÃO. ACIDENTE DE TRÂNSITO COM

> MORTE DE CICLISTA. EMPRESA DE TRANSPORTE COLETIVO. RESPONSABILIDADE OBJETIVA AFASTADA. FALTA DE PROVAS CONDENATÓRIAS. CULPA EXCLUSIVA DA VÍTIMA. SENTENÇA MANTIDA. 1.**A responsabilidade pelo risco administrativo da transportadora concessionária de serviço público restou afastada por conduta culposa exclusiva do guiador da bicicleta**. 2.Prova pericial excluindo a responsabilidade da empresa apelada em indenizar. 3.Recurso conhecido e não provido. Sentença mantida". (TJCE; APC 2000.0115.6147-6/1; 3ª CÂMARA CÍVEL; Des. ANTÔNIO ABELARDO BENEVIDES MORAES; julgado em 30/01/2007. publicado em 08/02/2007).

Portanto, ausente a comprovação da culpa do condutor do veículo e reconhecida a imprudência do *de cujus* ao atravessar a avenida em momento inoportuno, não é possível condenar a empresa de ônibus ou sua seguradora. Destarte, neste ponto, confirma-se a sentença recorrida, reconhecendo a excludente de ilicitude civil da culpa exclusiva da vítima.

2. DA RESPONSABILIDADE DO HOSPITAL PSIQUIÁTRICO

A despeito da exclusão do dever de indenizar dos demais apelados, persiste a responsabilidade do hospital psiquiátrico, posto este não poder arguir culpa da vítima como defesa, já que esta era pessoa que não respondia por seus atos e estava sob os cuidados do nosocômio, caracterizando a culpa *in vigilando* e o nexo causal com o dano.

O hospital psiquiátrico é responsável pelos pacientes entregues aos seus cuidados, devendo seus funcionários empreender todas as medidas necessárias para impedir que estes não se coloquem em situações de risco. Tal obrigação encontra amparo na norma contida no Art. 1.521, IV do Código Civil de 1916, aplicável ao caso em face da data do acidente. Confira-se seu teor:

> Art. 1.521 - São também responsáveis pela reparação civil:
> (...)
> IV - os donos de hotéis, hospedarias, casas ou estabelecimentos, onde se albergue por dinheiro, mesmo para fins de educação, pelos seus hóspedes, moradores e educandos;

O caso não trata de responsabilidade objetiva, sendo necessária a demonstração da culpa do Hospital Mira y Lopes. Esta, todavia, foi assumida peremptoriamente na contestação do hospital (fls. 74/83) que não apenas admitiu as fugas frequentes de pacientes como também a ocorrência de descuido de funcionários e precariedade na segurança do estabelecimento, ou seja, reconheceu sua falha no dever de diligência.

O Superior Tribunal de Justiça partilha do mesmo entendimento como se observa do seguinte julgado:

> ADMINISTRATIVO – RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO – ATO OMISSIVO – MORTE DE PORTADOR DE DEFICIÊNCIA MENTAL INTERNADO EM HOSPITAL PSIQUIÁTRICO DO ESTADO. 1. (...). 2. (...). 3.(...). 4. **Falta no dever de vigilância em hospital psiquiátrico, com fuga e suicídio posterior do paciente**. 5. **Incidência de indenização por danos morais**. 7. Recurso especial provido. (REsp 602.102/RS, Rel. Ministra ELIANA CALMON, SEGUNDA TURMA, julgado em 06/04/2004, DJ 21/02/2005 p. 146)

Em caso idêntico ao dos autos, o Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios seguiu o mesmo posicionamento, como se observa na ementa transcrita:

> "**RESPONSABILIDADE CIVIL - FUGA DE ALIENADO DE CLÍNICA PSIQUIÁTRICA - MORTE POR ATROPELAMENTO - CULPA DOS RESPONSÁVEIS PELO ESTABELECIMENTO - DANO MORAL - INDENIZAÇÃO DEVIDA. Incide em culpa *in vigilando* prepostos de estabelecimento manicomial que permitem a fuga freqüente de internos, ante a facilidade decorrente da ausência de obstáculos físicos e número insuficiente de vigilantes. Cabível é a indenização por dano moral aos familiares da vítima, alienada mental, que foge com facilidade, pela segunda vez, vindo a ser atropelada e morta na via pública. Recurso conhecido mas desprovido. Decisão unânime, quanto à responsabilidade do estabelecimento; por maioria, quanto ao valor da indenização**". (TJDFT - APC4897498, Relator GEORGE LOPES LEITE, 5ª Turma Cível, julgado em 28/06/1999, DJ 03/11/1999 p. 25) (grifo nosso)

Portanto, pode-se afirmar que a ausência da adoção de medidas mais eficazes para reprimir a fuga do *de cujus* demonstra perfeitamente a culpa *in vigilando*, dando ensejo ao dever de reparar os danos daí decorrentes.

3. DO *QUANTUM DEBEATUR*

3.1 - Do dano material

No que concerne ao pleito de danos materiais, requeridos na inicial sob o rótulo de danos físicos, não assiste razão aos apelantes, pois nenhuma prova foi colacionada ou produzida demonstrando prejuízos desta natureza no montante de R$ 61.440,00 (sessenta e um mil e quatrocentos e quarenta reais), conforme indicado na exordial.

A doutrina e jurisprudência pátrias já firmaram entendimento de que os danos materiais somente são devidos quando suficientemente comprovados, o que, como dito, não é o caso dos autos.

Este egrégio Tribunal de Justiça já pacificou este entendimento, confira-se:

> CIVIL. RESPONSABILIDADE CIVIL. DANO MATERIAL. NÃO COMPROVAÇÃO. PROVA INSUFICIENTE. DANO MORAL. RESULTADO FALSO-POSITIVO PARA EXAME DE AIDS. FIXAÇÃO DO QUANTUM DE INDENIZAÇÃO. REDUÇÃO. PRINCIPIO DA RAZOABILIDADE. RECURSO DE APELAÇÃO PARCIALMENTE PROVIDO. 1.**Dano material não comprovado. A venda de bens, por si só, não constitui prejuízo, porque dela resulta a respectiva contraprestação pecuniária**. 2.(...). Recurso de apelação parcialmente provido. (TJCE; APC 2003.0006.9129-7/0; 4ª CÂMARA CÍVE; Des. LINCOLN TAVARES DANTAS, julgado em 11/05/2007; publicado em 02/07/2007)
> * * *
> INDENIZAÇÃO MORAL E MATERIAL - INSCRIÇÃO INDEVIDA NOS ÓRGÃOS DE PROTEÇÃO AO CRÉDITO - MÁCULA À HONRA E À IMAGEM DA DEMANDANTE - IMPOSSIBILIDADE DE CULPA CONCORRENTE - PARCELAS COMPROVADAMENTE PAGAS. - I(...); - **A indenização por dano material só é devida nos casos em que, comprovadamente, verificar-se a ocorrência do dano**, não restando comprovada a perda das comissões por parte da apelada, que recorreu adesivamente. (...). (TJCE; APC 2002.0006.5567-5/0; 3ª CÂMARA CÍVEL; Des. EDMILSON DA CRUZ NEVES; julgado em 27/11/2003; publicado em 30/12/2003)

Portanto, não há que se falar em reparação por danos materiais.

3.2 - Do dano moral

A dificuldade na mensuração da extensão do *quantum debeatur*, em casos que tais, 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:

> "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, analisando as especificidades do caso e o valor indicado na inicial, fixo os danos morais na cifra de R$ 15.360,00 (quinze mil, trezentos e sessenta reais), conforme requerido pelos autores/apelantes, posto que o mesmo foi proposto em patamar que não exorbita a justa medida para a hipótese.

DISPOSITIVO

Do exposto, conheço da apelação, por estarem presentes todos os pressupostos, **DANDO-LHE PARCIAL PROVIMENTO**, para o fim específico de reconhecer a culpa do Hospital Mira y Lopes, com a fixação dos danos morais em R$ 15.360,00 (quinze mil trezentos e sessenta reais).

É como voto.

Processo n°.: 2002.0008.1340-8/0
Classe: Apelação Cível.
Partes:
Apelante:Município de Fortaleza/CE.
Apelado:Benjamim Fortes Castelo Branco
Relator:Desembargador Francisco Sales Neto.
Órgão Julgador:Primeira Câmara Cível.

EMENTA: TRIBUTÁRIO. IPTU. TRIBUTO NÃO ALCANÇADO PELA ISENÇÃO. A CDA TEM PRESUNÇÃO DE CERTEZA E LIQUIDEZ E TEM EFEITO DE PROVA PRÉ-CONSTITUÍDA E SÓ PODE SER ILIDIDA ATRAVÉS DE PROVA INEQUÍVOCA. ALEGAÇÃO NEGATIVA DE POSSE DO IMÓVEL DEVE VIR ACOMPANHADA DE PROVA. EM EXECUÇÃO FISCAL, A PRESCRIÇÃO OCORRIDA ANTES DA PROPOSITURA DA AÇÃO PODE SER DECRETADA DE OFICIO. INTELIGÊNCIA DA SÚMULA 409 DO STJ. RECURSO CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO.

ACORDÃO

Vistos, discutidos e relatados os presentes autos de **Apelação Cível nº 2002.0008.1340-8,** em que são partes as pessoas acima indicadas, acorda a Primeira Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, em julgamento de Turma, por unanimidade, tomar **CONHECIMENTO** do recurso apelatório, para, **DAR-LHE PARCIAL PROVIMENTO**, nos termos do voto do relator.

RELATÓRIO

Trata-se de apelação interposta pelo Município de Fortaleza contra decisão da lavra do 5º Módulo Jurisdicional das Execuções Fiscais da Comarca de Fortaleza/CE, que em sede de embargos à execução fiscal proposta Benjamim Fostes Castelo Branco, os julgou procedentes, por acolher preliminar de ilegitimidade passiva "ad causam", e consequentemente, declarou extinta a execução sem julgamento do mérito.

O Município de Fortaleza, não se conformando com a decisão monocrática, formulou apelação com base nos seguintes fundamentos:

1) O IPTU incide sobe a propriedade, domínio útil e posse, e que o

recorrido é possuidor de vários lotes de terra cadastrados em seu nome, embora não haja transcrição nos Cartórios competentes;

2) A isenção alegada diz respeito tão somente ao bem de fls. 17, pois, na época suscitou o recorrido tratar-se de inválido, pobre na forma da lei e possuir único imóvel destinado a sua residência, portanto, não se estendendo lotes cujos impostos estão sendo cobrados, embora localizados na mesma rua onde mora o recorrido.

O recorrido declara já os possuiu, porém, deixou de provar que não mais lhe pertencem;

O recorrido apresentou contrarrazões recursais, oportunidade em que sustentou não ser possuidor dos bens elencados na prefacial exequente, cadastrados em seu nome.

A douta Procuradoria Geral de Justiça opinou pelo conhecimento e provimento do recurso.

É o relatório.

VOTO

1. A D M I S S I B I L I D A D E.

Os requisitos que autorizam o conhecimento do presente recurso estão presentes, razão por que o conheço.

2. F U N D A M E N T O S.

A controvérsia travada na presente angulação recursal gira em torno da questão: O embargante-apelado é parte ilegítima para compor o polo passivo da execução fiscal?

O dispositivo da sentença censurada está assim redigida:

> "Isto posto, e diante da farta e idônea documentação carreada, por tudo o mais que dos autos consta, hei por bem, acolhendo a primeira preliminar suscitada, julgar procedentes os presentes embargos e, por conseguinte, declarar extinta a execução sem julgamento do mérito nos termos do art. 267, inciso 6º do CPC, condenando a embargada nas despesas processuais e honorários advocatícios, estes arbitrados em dez por cento sobre o valor da causa, devidamente corrigidos".

Pinço os seguintes excertos da aludida decisão para analisá-la melhor:

Compulsando os autos, observo que a execução fiscal, objeto dos embargos que ensejaram a presente apelação diz respeito aos IPTUS devidos sobre o imóvel localizado à Miguel Gonçalves nº 780 (CDA, doc. de fl. 03), enquanto que a isenção concedida ao embargante-apelado diz respeito ao imóvel localizado à rua Miguel

Gonçalves 785, documentos de fls. 16 e fls.22.

São duas situações diferentes. Penso que há legitimidade passiva do embargante-apelado para estar no pólo passivo da demanda fiscal, por isso reformo a sentença que acolheu de plano a citada ilegitimidade sem adentrar ao mérito.

O artigo 515, parágrafo 3º do CPC reza que ***"Nos casos de extinção do processo sem julgamento do mérito (art. 267) o tribunal pode julgar desde logo a lide, se a causa versar sobre questão exclusivamente de direito e estiver em condições de imediato julgamento".*** É o que a doutrina chama de causa madura, razão por que passo a decidir, meritoriamente.

Já se disse que a ***"dívida regularmente inscrita goza de presunção de certeza e liquidez e tem efeito de prova pré-constituída. A presunção a que se refere este artigo é relativa e pode ser ilidida por prova inequívoca a cargo do sujeito passivo ou a terceiro a que aproveite***".

A prova carreada pelos embargos consiste no documento que comprova a propriedade do imóvel localizado à rua Miguel Gonçalves n. 785, não tributável, documento de isenção ao pagamento do IPTU, por força de lei, por ser inválido e ser aquele imóvel único e exclusivo para sua moradia. E nada mais. Como se vê não é farta nem idônea para desconstituir a CDA. Não há certidões que digam que o imóvel localizado à Rua Miguel Gonçalves n. 780 não era de sua propriedade na época do lançamento fiscal.

Pelo contrário, o recorrido reconhece que o imóvel tributado lhe pertenceu e que hoje não mais lhe pertence, no entanto, deixou de realizar a prova se há época do fato gerador não lhe pertencia, portanto, não indicou para quem foi transferida a posse do imóvel.

O meritíssimo juiz "a quo" entende que não é ***"ônus do embargante declinar o nome do proprietário do imóvel, cujo IPTU é cobrado.".*** Diz mais que ***"é de sua alçada, sim, provar que o imóvel sob comento não lhe pertence, e, isto, está escorreitamente revelado nestes autos através dos documentos de fls. 16/22"***.

Ora, esses documentos referidos pelo ínclito magistrado provam tão somente a isenção do imóvel que não foi tributado, não se referem aqueloutro objeto da execução fiscal. Cabia ao embargante comprovar que o imóvel tributado não lhe pertencia no momento do fato gerador, o que não ocorreu.

A Procuradoria Geral de Justiça, no seu jurídico e judicioso parecer, pinçando apenas um excerto proclama:

> "Deste modo, procedem as articulações do recorrido, inobstante, os bens não sejam transcritos no Cartório Imobiliário, se encontram transcritos em nome do recorrido no cadastro da Receita Municipal, além do que, o próprio apelado reconheceu ter sido possuidor dos bens, sem contudo, denunciar a pessoa ou pessoas, para quem teria transferido de fato, assim teria feito sua prova em Cartório.".

Assim, tudo o que foi coletado para os autos conduz à uma só direção: o imóvel tributado não fora alcançado pela isenção e não há prova inequívoca que o apelado não o possuía quando da exação, portanto, não conseguiu ilidi-la.

Por outro lado, observo que o lançamento relativo ao exercício de 1994 fora fulminado pela prescrição antes do ajuizamento da ação, 02 de março de 2000, portanto com fulcro no Súmula nº 409 do STJ declaro prescrito, de ofício.

3. DISPOSITIVO.

Pelo exposto conheço do recurso para lhe dar provimento parcial, invertendo o ônus sucumbencial.

É como voto.

Fortaleza, 9 de maio de 2011.

Processo nº 2004.0003.2739-9/0
Apelação Cível de Capistrano
Apelante: Espólio de José Teixeira dos Santos
Apelada: Rosa Maria Silveira
Relator: Des. Francisco Lincoln Araújo e Silva

EMENTA: CIVIL. DIREITO DE FAMÍLIA. AÇÃO DECLARATÓRIA DE UNIÃO ESTÁVEL. CONTEÚDO PROBATÓRIO CAPAZ DE REFLETIR SITUAÇÃO REAL DE CONVIVÊNCIA PERMANENTE. SUCUMBÊNCIA. GRATUIDADE DE JUSTIÇA. CUSTAS PROCESSUAIS. SENTENÇA ACERTADA. APELAÇÃO IMPROVIDA.

1. Prova razoável de convivência permanente induz ao reconhecimento de união estável.

2. Evidentes fatos, mormente o nascimento de filhos, conduzem à certeza de real situação de entidade familiar.

3. À luz das orientações oriundas da lei 1060/50, mesmo sendo a parte vencida beneficiada pela justiça gratuita, impõe-se a condenação em custas e honorários advocatícios, com suspensão de sua cobrança, no prazo de cinco anos, a contar da data da sentença.

4. Apelação improvida.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível de Capistrano nº 2004.0003.2739-9/0, em que são partes as que acima estão indicadas, acorda a Egrégia 4ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, por unanimidade, conhecer do recurso e negar-lhe provimento, consoante a ata de julgamento.

Fortaleza, 31 de janeiro de 2007.

VOTO:

Adoto o Relatório de fls.

Como sabido, o art. 4º, do CPC, estabelece, *in verbis*:

> "Art. 4º - O interesse do autor pode limitar-se à declaração:
> I – da existência ou da inexistência de relação jurídica;"

Foi exatamente o que pretendeu Rosa Maria Silveira: comprovar judicialmente a existência de uma sociedade de fato entre ela e José Teixeira dos Santos, com quem teria mantido convivência sob o mesmo teto, durante mais de vinte e um anos, e de cuja união teriam nascido dois filhos.

Os documentos e os depoimentos prestados, inclusive o interrogatório pessoal das partes, prestaram-se com veemência à comprovação do alegado na postulação inicial, induzindo no julgador do primeiro grau a convicção inequívoca de uma real e comprovada sociedade de fato.

Neste diapasão, colaciono o seguinte entendimento do ilustre Sílvio Rodrigues, emérito doutrinador:

> "Dentre os vários elementos capazes de configurar a união estável, o que, realmente, parece fundamental para esse fim é a presumida fidelidade da mulher ao homem. Aliás, em muitos casos, poder-se-ia mesmo dizer que o elementos básico caracterizador da relação é a presumida relação recíproca entre os companheiros, pois ela não só revela o propósito de vida em comum e o de investirem-se eles na posse do estado de casados, como cria uma presunção júris tantum de que o filho havido pela mulher foi engredrado por seu companheiro." (RODRIGUES, Sílvio, Direito Civil: direito de família, vol. 6, 28ª ed. São Paulo, Saraiva, 2006, p. 259).

Há também julgado do Superior Tribunal de Justiça, relatando:

> "... A falta de prévia designação da companheira como beneficiária de pensão vitalícia não impede a concessão desse benefício, se a união resta devidamente comprovada por outros meios idôneos de prova." (REsp 443.055/PE – 2002/007797-7, rel. Min. FÉLIX FISHER, DJ: 24-2-2003, p. 282)

Ora, a união estável entre o homem e a mulher tem base constitucional, que lhe deu feição de entidade familiar (§ 3º, art. 226, CF).

No caso dos autos, a prova documental e bem assim os depoimentos prestados pelas testemunhas demonstram que, em período razoável, restou estabelecida a união estável entre a apelada e José Teixeira dos Santos, que, sob o mesmo teto, conviveu com ela, havendo desta relação dois filhos, situação ostensiva, pública e notória.

A sentença recorrida, considerando a procedência do mérito do pedido inaugural, não merece censura, fazendo correta apreciação dos fatos e feliz aplicação do direito e da lei.

Do mesmo modo, é irrepreensível a decisão monocrática em relação aos

honorários, fixados em percentual razoável, apesar da gratuidade deferida.

Com efeito, dispõe o art. 12, da Lei nº 1.060/50, *in verbis*:

> "art. 12 – A parte beneficiária pela isenção do pagamento das custas ficará obrigada a pagá-las, desde que possa faze-lo sem prejuízo do sustento próprio ou da família. Se, dentro de 5 (cinco) anos, a contar da sentença final, o assistido não puder satisfazer tal pagamento, a obrigação ficará prescrita."

Nesse sentido, mansa a orientação desta Corte:

> "APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE BUSCA E APREENSÃO. PURGAÇÃO DE MORA. EXTINÇÃO DO PROCESSO SEM JULGAMENTO DE MÉRITO. JUSTIÇA GRATUITA. NÃO CONDENAÇÃO EM CUSTAS E HONORÁRIOS.
> (...)
> II – A concessão da gratuidade da justiça não importa na ausência de condenação ao pagamento das custas processuais e honorários advocatícios, mas na suspensão de sua cobrança. Inteligência do art. 12, da Lei nº 1060/50.
> III – Apelo conhecido e parcialmente provido. (Apel. Cív. Nº 2004.0005.0353-7; rel. Des. RÔMULO MOREIRA DE DEUS; J. 17/04/2006)."

Posto isso, há de se reconhecer que o apelante deve ser condenado ao pagamento das custas processuais e honorários advocatícios, conforme as leis e a doutrina, suspendendo, no entanto, a exigibilidade desse crédito até a fluência do prazo do art. 12, da Lei nº 1.060/50, a contar da sentença final.

Diante do exposto, conheço do recurso e lhe nego provimento, mantendo intacta a r. sentença recorrida.

É o meu voto.

Fortaleza, 31 de janeiro de 2007.

APELAÇÃO Nº 0535417-15.2000.8.06.0001/0
APELANTES:DOMUS CIA. HIPOTECÁRIA
FRANCISCO ARGEMIRO E SILVA
MARIA SÔNIA SALES E SILVA
APELADOS: DOMUS CIA. HIPOTECÁRIA
FRANCISCO ARGEMIRO E SILVA
MARIA SÔNIA SALES E SILVA
RELATOR: DES. INACIO DE ALENCAR CORTEZ NETO

EMENTA:
CÍVEL. APELAÇÕES. AÇÃO REIVINDICATÓRIA. "CONTRATO DE GAVETA". CORREÇÃO DO POLO PASSIVO. LITISCONSÓRCIO NECESSÁRIO. DEVOLUÇÃO DE VALORES COMO CONDIÇÃO PARA EXERCER A POSSE DO IMÓVEL. DESCABIMENTO. SENTENÇA *ULTRA PETITA*. RESSARCIMENTO DA INSTITUIÇÃO FINANCEIRA A TÍTULO DE PERDAS E DANOS. IMPOSSIBILIDADE.

I – A Juíza singular, muito embora tenha considerado a cessionária como ré durante todo o trâmite processual, seja pela validade atribuída à contestação apresentada, seja pelo atestado de que a mesma fora regularmente citada ou até mesmo pela ordem de intimação para comparecimento à audiência de conciliação, achou por bem rejeitar, já em sede de sentença, o pedido de inclusão da atual possuidora nesta relação processual, sob o argumento de que o contrato contrato de gaveta não se formalizou como um negócio jurídico válido.

II – Entretanto, a ação reivindicatória legitima o autor a requerer a imissão da posse do imóvel contra terceiro que o ocupa em razão de "contrato de gaveta". A posse injusta da cessionária requerida, nesse caso, é decorrente de tal contrato de cessão de financiamento, celebrado com quem não era o titular do domínio e não podia livremente dispor do bem, a saber, os demandados originários, os quais não podem, por tal motivo, isentarem-se das consequências oriundas dos seus atos pretéritos e desobrigarem-se da lide, visto serem os responsáveis pelo repasse indevido do imóvel.

III – Os demandados originários adquiriram um imóvel mediante financiamento junto à instituição demandante, deixaram de arcar com as prestações correspondentes durante anos, usufruíram do bem da forma como melhor entenderam e

ainda transacionaram entre si sem a concordância da credora primitiva, ressaltando que os cedentes receberam considerável quantia em dinheiro pela cessão do imóvel à cessionária requerida, mediante o famigerado "contrato de gaveta", sem nada repassarem ou comunicarem à instituição financeira.
IV – Tais fatos afastam o direito à devolução de qualquer valor em favor dos devedores, sob pena de se configurar o enriquecimento sem causa destes e estimular a inadimplência, o que se daria em prejuízo da credora, considerando-se a renda que deixou de auferir durante esse longo período.
V – Além do mais, a decisão singular, nesse aspecto, constituiu-se como ultra petita, considerando-se não estar no rol dos pedidos de nenhuma das partes demandadas a devolução de qualquer das prestações pagas ao demandante, outra razão pela qual deve ser a sentença reformada nesse ponto.
VI – Seguindo essa esteira de entendimento, faz-se descabido o pleito de indenização por perdas e danos por parte da Instituição Financeira, pois, considerando-se que já não mais irá restituir os valores recebidos pelo financiamento do imóvel em questão, bem como que voltará a usufruir da posse do bem, nenhuma outra medida a seu favor deverá ser imposta, à vista da assunção dos riscos de inadimplência próprias do contrato de compra e venda celebrado, sendo típico da fornecedora do crédito o risco pelo seu descumprimento, bem como descabido se valer do pleito de reparação por perdas e danos.
VII – Decisão unânime.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de apelação nº 0535417-15.2000.8.06.0001/0, da comarca de Fortaleza, em que são simultaneamente apelantes e apelados DOMUS CIA. HIPOTECÁRIA, FRANCISCO ARGEMIRO E SILVA e MARIA SÔNIA SALES E SILVA.

Acorda a Turma, por unanimidade de votos, em conhecer das apelações, par dar parcial provimento à interposta pela DOMUS CIA HIPOTECÁRIA e negar provimento à interposta por FRANCISCO ARGEMIRO E SILVA e MARIA SÔNIA SALES E SILVA, nos termos do voto do relator.

Trata-se de recursos de apelação interpostos por DOMUS CIA. HIPOTECÁRIA, FRANCISCO ARGEMIRO E SILVA e MARIA SÔNIA SALES E SILVA, qualificados nos autos, objetivando a reforma da sentença de folhas 191/194, proferida pelo MM. Juiz de Direito da 13ª Vara Cível da Comarca de Fortaleza, nos autos da Ação Reivindicatória c/c Reparação de Danos, em que julgou parcialmente procedente o pedido autoral, declarando a Companhia Hipotecária como legítima

proprietária do imóvel reivindicado, registrado no Cartório de Registro de Imóveis da 1ª Zona da Comarca de Fortaleza, com a matrícula nº 33.117, condicionando, no entanto, a respectiva ocupação imobiliária ao depósito judicial das prestações que foram pagas pelos réus e demais moradores.

No mais, a magistrada condenou os promovidos no pagamento das custas processuais e honorários advocatícios, considerando que, embora tenha havido sucumbência recíproca, o demandante decaiu em parte mínima do pedido.

Em suas razões recursais (fls. 202/211), a apelante DOMUS CIA. HIPOTECÁRIA pugna pela reforma parcial da sentença, no sentido de conceder a imediata e incondicional imissão na posse do imóvel, bem como estabelecendo uma justa indenização em face das perdas e danos suportados.

Em contrapartida, os demais apelantes, então reús em primeira instância, defenderam em suas razões recursais (fls. 224/237) a ilegitimidade para comporem o pólo passivo da demanda e, consequentemente, a inexistência de sucumbência recíproca.

Embora devidamente intimados, somente a Domus Cia. Hipotecária apresentou contrarrazões, de fls. 246/250.

Com esteio no artigo 53, inciso VI, segunda parte, do Regimento Interno do Tribunal de Justiça, deixei de encaminhar o presente recurso ao digno Ministério Público, entendendo que nesta apelação cível não se discute questão de "inegável interesse público" e a matéria nela discutida não é "relevante".

É o relatório.

Na data de 20 de novembro de 1986, a Domus Cia. Hipotecária financiou um imóvel ao casal Francisco Argemiro e Silva e Maria Sônia Sales e Silva, ora registrado no Cartório de Registro de Imóveis da 1ª Zona da Comarca de Fortaleza com a matrícula nº 33.117 (*v*. Contrato por Instrumento Particular de Compra e Venda com Pacto Adjeto de Hipoteca e Financiamento, de fls. 08/17).

Ocorre que os mutuários, na data de 26 de junho de 1992, alienaram o imóvel em comento a Sra. Lina Aparecida Bastos de Aquino, através de instrumento particular de promessa de compra e venda de imóvel, comumente denominado "contrato de gaveta" (fls. 74), sem anuência ou qualquer comunicação de tal ato ao mutuante, o qual, repise-se, desconhecendo tal fato e, diante da inadimplência dos devedores, propôs a presente ação reivindicatória contra quem celebrou o instrumento de compra e venda, pleiteando não somente a aquisição da posse do seu bem, como também o recebimento de indenização por perdas e danos.

Entendendo-se litisconsorte necessária, a Sra. Lina Aparecida Bastos apresentou contestação de fls. 62/72, na qual confirma a aquisição do imóvel litigioso e o inadimplemento das prestações correspondentes.

Inclusive, a intenção da atual ocupante do imóvel de integrar o polo passivo da lide fez-se aceita pela parte autora, pois, em petição de fls. 167, a Cia. Hipotecária requereu a sua citação para compor o litisconsórcio passivo, e, posteriormente, em réplica apresentada às fls. 172/173, já passou a considerá-la ré, argumentando que, na

qualidade de possuidora legítima do referido imóvel, apresenta legítimo interesse na solução de demanda.

Entretanto, a Juíza singular, muito embora tenha considerado ré a Sra. Lina Aparecida durante todo o trâmite processual, seja pela validade atribuída à contestação apresentada, seja pelo atestado de que a mesma fora regularmente citada (despacho de fls. 168), ou até mesmo pela ordem de intimação para comparecimento à audiência de conciliação (despacho de fls. 174 / carta de intimação às fls. 177), achou por bem rejeitar, já em sede de sentença, o pedido de inclusão da atual possuidora nesta relação processual, sob o argumento de que o contrato contrato de gaveta não se formalizou como um negócio jurídico válido.

Percebe-se ser contraditória e equivocada a decisão da magistrada, posto ser a ação reivindicatória fundada no direito de propriedade e de reaver a coisa do possuidor não proprietário, ou seja, de quem quer que detenha a posse indevida, nos termos do art. 1228 do Código Civil (grifado):

> "Art. 1.228. 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".

Para litigar em juízo, em sede petitória, basta que o autor identifique precisamente o bem vindicado, demonstre a sua propriedade e, ainda, a posse injusta do bem, no presente caso exercida pela Sra. Lina Aparecida Bastos de Aquino, sendo, por conseguinte, imprescindível a sua integração ao polo passivo da lide, na qualidade de litisconsorte necessária. A jurisprudência corrobora (grifei):

> "AGRAVO DE INSTRUMENTO. SFH. EXECUÇÃO EXTRA-JUDICIAL. CONTRATO DE GAVETA. **I - O adquirente de imóvel financiado através de contrato de gaveta, tem legitimidade para figurar no pólo passivo de ações em que são discutidas questões relativas ao imóvel objeto do contrato.** II - AGRAVO DE INSTRUMENTO IMPROVIDO. AGRAVO INTERNO JULGADO PREJUDICADO. (91869 PE 0085143-97.2008.4.05.0000, Relator: Desembargadora Federal Margarida Cantarelli, Data de Julgamento: 13/01/2009, Quarta Turma, Data de Publicação: Fonte: Diário da Justiça - Data: 11/02/2009 - Página: 252 - Nº: 29 - Ano: 2009)

> "Processual Civil e Administrativo. Sistema Financeiro de Habitação. "Contrato de gaveta". Lei 10.150/2000. Legitimidade. 1. O adquirente de imóvel por meio de "contrato de gaveta", com o advento da Lei 10.150/200, teve reconhecido o direito à sub-rogação dos direitos e obrigações do contrato primitivo. Por isso, tem o cessionário legitimidade para discutir e demandar em juízo questões pertinentes às obrigações assumidas e aos direitos adquiridos. 2. Recurso especial não provido." (REsp 947517/PR, relator Ministra Eliana Calmon, DJ 28/03/2008).

> "Ação declaratória – Pretensão ao reconhecimento da validade de "contrato

> de gaveta" por meio do qual teria adquirido direitos sobre o imóvel pertencente à CDHU – Extinção, sem resolução do mérito, por ilegitimidade ativa e impossibilidade jurídica do pedido – Inconformismo – Acolhimento – **Legitimidade caracterizada, dada a apresentação do contrato que cedeu à autora os direitos e obrigações referentes ao imóvel** – Pedido juridicamente possível – Autora que se encontra na posse do imóvel há 6 anos, havendo notícia de que assumiu o pagamento das parcelas mensais referentes à compra do bem – Admissibilidade, em caráter excepcional, da análise judicial da questão – **Sentença cassada** – Recurso provido. (9057480702006826 SP 9057480-70.2006.8.26.0000, Relator: Grava Brazil, Data de Julgamento: 23/08/2011, 9ª Câmara de Direito Privado, Data de Publicação: 25/08/2011)

> "ADJUDICAÇÃO COMPULSÓRIA. OUTORGA DE ESCRITURA. EXECUÇÃO DOS ARTS. 639 E 641 DO CPC. IMÓVEL FINANCIADO PELO SFH. LEI 4.380/64. LEGITIMIDADE PASSIVA. LEGÍTIMOS PROPRIETÁRIOS. MORTE DE UM DOS CESSIONÁRIOS. CORREÇÃO DO POLO PASSIVO. LITISCONSÓRCIO NECESSÁRIO. 1. Tratando-se de pedido de outorga de escritura definitiva de bem imóvel, por titulares de direitos havido em contrato particular de cessão sem registro, o pedido deve ser conhecido como a execução específica de obrigação de fazer nos termos dos art. 639 e 641 e não de adjudicação compulsória em virtude do princípio da mihi factum dabo tibi jus. **2. Havendo cadeia de sucessivas cessões mediante contratos particulares de cessão de direito, todos sem registro, devem integrar o pólo passivo da demanda os constantes no Registro Imobiliário como proprietários bem como os demais cedentes-cessionários, em litisconsórcio necessário, pois, pela natureza da obrigação de outorga de escritura, o juiz deve decidir a lide de modo uniforme a todos detentores de interesses jurídicos obrigacionais sobre a coisa. 3. Como um dos proprietários encontra-se falecido, estão legitimados a responder a ação os seus herdeiros quando ainda não ajuizado o respectivo inventário**. 4. Havendo apenas irregularidade quanto à constituição do pólo passivo deve ser permitido aos autores o aditamento da inicial, pois não acarreta alteração do pedido ou da causa de pedir. Apelo provido para desconstituir a sentença. Unânime". (Apelação Cível Nº 70007406101, Décima Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Mario Rocha Lopes Filho, Julgado em 24/06/2004)

Em outras palavras, a ação reivindicatória legitima o autor a requerer a imissão da posse do imóvel contra terceiro que o ocupa em razão de *"contrato de gaveta"*. A posse injusta da requerida, nesse caso, é decorrente de tal contrato de cessão de financiamento (fls. 74), celebrado com quem não era o titular do domínio e não podia livremente dispor do bem, a saber, os requeridos originários, Sr. Francisco Argemiro e Silva e Maria Sônia Sales e Silva, os quais não podem, por tal motivo, isentarem-se das consequências oriundas dos seus atos pretéritos e desobrigarem-se da lide, visto serem os responsáveis pelo repasse do imóvel.

A posse injusta dos apelantes caracteriza-se pelo simples fato de, na

qualidade de devedores do crédito imobiliário, não terem legitimidade de transmitir a posse que exerciam decorrente do contrato de financiamento. A posse, nesse caso, é contratual, cuja garantia hipotecária recaída sobre o imóvel impossibilitava a sua transmissão sem que houvesse autorização do credor, no caso dos autos, da apelante Domus Cia Hipotecária.

Desta feita, não há como se afastar a legitimidade passiva de Lina Aparecida Bastos de Aquino, na qualidade de litisconsorte necessária, juntamente com os requeridos originários, pelo que a sentença deve ser reformada neste aspecto.

Por conseguinte, não há razões que justifiquem o afastamento dos ônus de sucumbência às partes vencidas, então condenadas ao pagamento das custas processuais e honorários advocatícios, nos termos do art. 21 do Código de Processo Civil, o que inclusive restou suspenso em razão da concessão da gratuidade judiciária, na forma do art. 12 da Lei nº 1.060/50.

Cumpridos todos os requsitos necessários, a magistrada singular agiu acertadamente quando acolheu o pedido autoral, declarando o autor legítimo proprietário do imóvel em pauta. Porém, vagueou quando condicionou a ocupação imobiliária pela parte ao depósito judicial das prestações que foram pagas pelos réus ao longo do uso e posse do imóvel, de forma a devolver os valores pagos àqueles que assumiram as prestações do financiamento correspondente.

Ora, faz-se desarrazoada tal decisão, pois o negócio jurídico originário foi desfeito por razões de inadimplência imputáveis tão somente aos devedores, os quais não podem, após anos e anos de uso do imóvel, inadimplência e repasse indevido do bem, isentar-se da responsabilidade pelos transtornos causados à Cia Hipotecária.

Ou seja, os demandados originários adquiriram um imóvel mediante financiamento junto à empresa demandante, deixaram de arcar com as prestações correspondentes durante anos, usufruíram do bem da forma como melhor entenderam e ainda transacionaram entre si sem a concordância da credora primitiva, ressaltando que os cedentes Maria Sônia e Argemiro receberam considerável quantia em dinheiro pela cessão do imóvel à Sra. Lina Aparecida, mediante o famigerado "contrato de gaveta", e nada repassaram ou comunicaram à instituição financeira.

Ora, tais fatos afastam, obviamente, o direito à devolução de qualquer valor em favor dos devedores, sob pena de se configurar o enriquecimento sem causa dos devedores e estimular a inadimplência, o que se daria em prejuízo do credor, considerando-se a renda que deixou de auferir durante esse longo período.

Inclusive, a decisão monocrática, nesse aspecto, constitui-se como ultra petita, considerando não estar no rol dos pedidos de nenhuma das partes demandadas a devolução de qualquer das prestações pagas ao demandante, outro motivo por que reformo a sentença nesse ponto.

Seguindo a mesma esteira de entendimento, é descabido o pleito de indenização por perdas e danos por parte da Domus CIA. Hipotecária, pois, considerando-se que já não mais irá restituir os valores recebidos pelo financiamento do imóvel em

questão, bem como que voltará a usufruir da posse do bem, nenhuma outra medida a seu favor deverá ser imposta, à vista da assunção dos riscos de inadimplência próprias do contrato de compra e venda celebrado, sendo típico da fornecedora do crédito o risco pelo seu descumprimento, sendo descabido se valer do pleito de reparação por perdas e danos.

Diante do exposto, conheço dos recursos interpostos, **negando provimento** ao interposto por Francisco Argemiro e Silva e Maria Sônia Sales e Silva, mantendo-os no polo passivo da demanda e incluindo como litisconsorte passiva necessária a Sra. Lina Aparecida Bastos de Aquino. Em continuidade, **dou parcial provimento** à apelação interposta pela Domus – Cia. Hipotecária, no sentido de confirmá-la legítima proprietária do imóvel reivindicado e de afastar qualquer restrição ou condição imposta em 1º grau ao seu exercício de posse, uso e gozo do bem, cujo mandado de imissão deverá ser expedido contra a litisconsorte necessária, não havendo de se cogitar em recebimento de indenização por perdas e danos.

É como voto.

Fortaleza, 27 de fevereiro de 2012.

TRAMITAÇÃO PREFERENCIAL
(ESTATUTO DO IDOSO – LEI N.º 10.741/03)
NÚMERO ÚNICO: 0569431-25.2000.08.06.0001
TIPO DO PROCESSO: APELAÇÕES em AÇÃO ORDINÁRIA DE COBRANÇA
ORIGEM: 25ª VARA CÍVEL DA CAPITAL
APELANTE/APELADA/AUTORA: PECAL ENGENHARIA, INDÚSTRIA E COMÉRCIO LTDA.
APELADA/APELANTE/RÉ: CIA. DOCAS DO CEARÁ
ÓRGÃO JULGADOR: SEGUNDA CÂMARA CÍVEL
RELATOR: DES. FRANCISCO DE ASSIS FILGUEIRA MENDES

EMENTA: CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. APELAÇÕES EM AÇÃO ORDINÁRIA DE COBRANÇA. QUESTÕES PRELIMINARES. INEXISTÊNCIA DE PRÉVIA IMPUGNAÇÃO AOS CÁLCULOS APRESENTADOS PELO CREDOR. ÓBICE PARA INTERPOSIÇÃO DO RECURSO. PRECLUSÃO. NÃO OCORRÊNCIA. INTERESSE RECURSAL CONFIGURADO. PRECEDENTES (STJ). PREJUDICIAL DE MÉRITO: PRESCRIÇÃO. REJEITADA. CONTRATO FIRMADO EM 1978. APLICAÇÃO DAS DISPOSIÇÕES ESTABELECIDAS PELO CÓDIGO CIVIL DE 1916 (INTELIGÊNCIA DOS ARTS. 2.028 E 2.035, AMBOS, DO CC/02). ATO INTERRUPTIVO: AÇÃO DE CONSIGNAÇÃO EM PAGAMENTO (ART. 172, V, DO CC/16, COM CORRESPONDÊNCIA AO ART. 202, VI, DO CC/02). MÉRITO. INEXATIDÃO MATERIAL CONFIGURADA. SUBSTITUIÇÃO DA EXPRESSÃO "EXTINGUINDO O PROCESSO COM JULGAMENTO DO MÉRITO" POR "HAVENDO RESOLUÇÃO DO MÉRITO" (ART. 269, *CAPUT*, DO CPC, NA REDAÇÃO DADA PELA LEI N.º 11.232/05). NORMA FEDERAL QUE REGE A SUSPENSÃO DO PROCESSO (ART. 265, II, DO CPC). PRAZO MÁXIMO DE 6 (SEIS) MESES (ART. 265, §3º, DO CPC). INEXISTÊNCIA DE ACORDO ENTRE AS PARTES. SENTENÇA PROLATADA QUASE 07 (SETE) MESES APÓS O PRIMEIRO PEDIDO DE SUSPENSÃO. AUSÊNCIA DE PREJUÍZO. PRINCÍPIO DA INSTRUMENTALIDADE DAS FORMAS (ART. 244, DO CPC). QUITAÇÃO DA DÍVIDA NÃO CONFIGURADA. ÔNUS DA PROVA NÃO ULTRAPASSADO (ART. 333, I, DO CPC). LITIGÂNCIA DE MÁ-FÉ AFASTADA. DEVER DE INDENIZAR MANTIDO. *QUANTUM DEBEATUR*: OBRIGAÇÃO ILÍQUIDA. NECESSIDADE DE LIQUIDAÇÃO DA SENTENÇA POR ARBITRAMENTO (ART. 475-C, DO CPC). CORREÇÃO MONETÁRIA. JUROS LEGAIS. ATUALIZAÇÃO: EVOLUÇÃO DO DÉBITO (PADRÃO MONETÁRIO ANTIGO, ATÉ O ADVENTO DA MUDANÇA DA MOEDA PARA O REAL). APELOS CONHECIDOS. APELAÇÃO (PECAL) PROVIDA. APELAÇÃO (DOCAS) PARCIALMENTE PROVIDA. RETORNO DOS AUTOS À ORIGEM PARA FINS DE LIQUIDAÇÃO DA SENTENÇA.

1. Cuidam-se de 02 (dois) **RECURSOS DE APELAÇÃO** protocolizados,

respectivamente, às fls. 486/491 e às fls. 494/510, ambos interpostos, sucessivamente, por **PECAL ENGENHARIA, INDÚSTRIA E COMÉRCIO LTDA.** e **CIA. DOCAS DO CEARÁ**, contra sentença prolatada pelo JUÍZO DA 25ª VARA CÍVEL DA CAPITAL às fls. 449/457 (complementada às fls. 480 e 481/484), a qual, nos autos da AÇÃO ORDINÁRIA DE COBRANÇA, movida pela primeira apelante (PECAL) em desfavor da segunda (DOCAS), houve por bem julgar **PROCEDENTE** "*... o pedido autoral, extinguindo o processo com julgamento do mérito, nos termos do art. 269, I do CPC, condenando à promovida ao pagamento do valor de R$ 2.212.073,26 (dois milhões, duzentos e doze mil, setenta e três reais e vinte e seis centavos), atualizado até 30/11/2007, com juros moratórios de 1% a.m e correção monetária pelo INPC, bem como aos honorários advocatícios em 15% sobre o valor da condenação e custas processuais." (fl. 457).*

2. Com efeito, deve ser aplicado, *in casu,* o mesmo entendimento adotado quando da não impugnação aos cálculos elaborados pelo perito judicial, na fase de liquidação de sentença, tendo em vista que também não há se falar em coisa julgada no caso em discussão. ***"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).

3. "***O ajuizamento da ação de consignação em pagamento consiste em causa que interrompe a prescrição, pois o devedor, por meio desta ação, pretende consignar em juízo o valor que entende devido, importando, por conseguinte, em ato inequívoco de reconhecimento do direito do credor, nos termos do art. 172, inc. V, do CC/16 (correspondência: art. 202, inc. VI, do CC/02)***. *Recurso especial parcialmente conhecido e, nessa parte, provido.*" (REsp 648.989/RS, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 25/09/2006, **DJ 09/10/2006**, p. 285)

4. Substituição do termo "*extinguindo o processo com julgamento do mérito*" por "*havendo resolução do mérito*", nos termos do art. 269, *caput*, do CPC, na nova redação dada pela Lei nº 11.232/2005.

6. Considerando que: (i) o processo nunca foi suspenso; (ii) a DOCAS aquiesceu com a decisão que negou o primeiro pedido de suspensão, ocorrendo a preclusão lógica; (iii) independentemente do deferimento ou não do sobrestamento do feito, o processo somente foi sentenciado após o prazo estabelecido no § 3º, do art. 265, do CPC, assim, respeitando a finalidade precípua deste dispositivo, isto é, proporcionar que as partes chegassem a um acordo, o qual da análise dos autos infere-se que não ocorreu; **ENTENDO** que **não houve violação ao disposto no art. 265, II, do CPC**, e, com isso, a ocorrência de *error in procedendo*, **restando afastada, assim, a tese da nulidade do processo e da sentença**.

7. Não houve quitação da obrigação, vez que a DOCAS não se desincumbiu do encargo previsto no art. 333, I, do CPC, não conseguindo provar o adimplemento da dívida, ora em discussão.

8. No tocante à litigância de má-fé reclamada pela DOCAS em desfavor da PECAL, entendo que não deve prosperar, vez que não vislumbro a ocorrência de nenhuma das hipóteses listadas nos incisos I a VII, do art. 17, do CPC.

9. Diante disso e dada a necessidade de perícia técnica para fins de quantificação dos mencionados serviços adicionais e do respectivo valor atualizado, o que não se confunde com a existência desses serviços adicionais, e, por conseguinte, o reconhecimento do direito de a credora (PECAL) ser indenizada, **ENTENDO** que os valores decorrentes dos serviços adicionais, oriundos do contrato firmado entre PECAL e a DOCAS, deverão ser apurados em **liquidação por arbitramento**, nos termos do art. 475-C, do CPC, inclusive quanto à evolução do débito (respeitadas as mudanças monetárias ocorridas desde à época da celebração da avença até o advendo o Real), à correção monetária, aos juros legais, evitando-se, dessa forma, o enriquecimento ilícito da indenizada.
10. APELAÇÕES CONHECIDAS. APELO (1º) PROVIDO. APELO (2º) PARCIALMENTE PROVIDO. RETORNO DOS AUTOS À ORIGEM VISANDO À LIQUIDAÇÃO DE SENTENÇA.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos das apelações cíveis de Fortaleza Nº 0569431-25.2000.8.06.0001, em que litigam as partes, acimas nominadas, acorda, a **TURMA JULGADORA DA SEGUNDA CÂMARA CÍVEL DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO CEARÁ**, por unanimidade de votos, em **CONHECER** de ambas as apelações, para, afastando a prescrição, **DAR PROVIMENTO** à apelação apresentada pela PECAL ENGENHARIA, INDÚSTRIA E COMÉRCIO LTDA. (**1ª APELAÇÃO**) e **PARCIAL PROVIMENTO** à apelação interposta pela CIA. DOCAS DO CEARÁ (**2ª APELAÇÃO**), tudo nos termos do voto do Relator, que integra esta decisão.

RELATÓRIO

Cuidam-se de 02 (dois) **RECURSOS DE APELAÇÃO** protocolizados, respectivamente, às fls. 486/491 e às fls. 494/510, ambos interpostos, sucessivamente, por **PECAL ENGENHARIA, INDÚSTRIA E COMÉRCIO LTDA.** e **CIA. DOCAS DO CEARÁ**, contra sentença prolatada pelo JUÍZO DA 25ª VARA CÍVEL DA CAPITAL às fls. 449/457 (complementada às fls. 480 e 481/484), a qual, nos autos da AÇÃO ORDINÁRIA DE COBRANÇA, movida pela primeira apelante (PECAL) em desfavor da segunda (DOCAS), houve por bem julgar **PROCEDENTE** "*... o pedido autoral, extinguindo o processo com julgamento do mérito, nos termos do art. 269, I do CPC, condenando à promovida ao pagamento do valor de R$ 2.212.073,26 (dois milhões, duzentos e doze mil, setenta e três reais e vinte e seis centavos), atualizado até 30/11/2007, com juros moratórios de 1% a.m e correção monetária pelo INPC, bem como aos honorários advocatícios em 15% sobre o valor da condenação e custas processuais." (fl. 457).*

INICIAL (fls. 02/06): A **PECAL ENGENHARIA, INDÚSTRIA**

E COMÉRCIO LTDA., ora apelante/apelada/autora, ajuizou a ação supracitada em **11/10/2001**, alegando **(i)** que, em **04/12/1978**, firmou um contrato com a **CIA. DOCAS DO CEARÁ**, ora apelada/apelante/ré, pelo qual se comprometia a executar para a DOCAS as obras submersas de contenção do enrocamento e aprofundamento da bacia de evolução do porto de Fortaleza; **(ii)** que, no curso da execução das obras, diversos serviços adicionais foram acrescidos, como era previsto no contrato e com expressa autorização da DOCAS; **(iii)** que a execução de todas as obras foi concluída em **07/06/1980**, momento em que a DOCAS forneceu um atestado de conclusão (doc. n.º 21 - fl. 54); **(iv)** que, concluídas as obras, caberia a DOCAS pagar o saldo restante, neste considerados os serviços adicionais expressamente autorizados.

Seguidamente, aduz **(v)** que, esgotadas as tentativas de negociação, dirigiu-se à DOCAS através de correspondência datada de **21/05/1981**, acompanhada da planilha dos serviços executados e não pagos, no valor de **Cr$ 2.829.436,40** (dois milhões, oitocentos e vinte e nove mil, quatrocentos e trinta e seis cruzeiros e quarenta centavos), solicitando sua inclusão na medição final para fins de pagamento, conforme cláusula contratual (docs. n.º s. 22 e 23 - fls. 55/57). Todavia, **(vi)** que, após um ano e meio da conclusão das obras (ou seja, apenas em 1981), a DOCAS veio reconhecer o débito, mas somente no valor de **Cr$ 1.182.539,23** (hum milhão, cento e oitenta e dois mil, quinhentos e trinta e nove cruzeiros e vinte três centavos), conforme documento n.º 26, que repousa às fls. 61/68 dos autos.

Assevera, ainda, **(vii)** que, não concordando (a PECAL) em receber tal valor, a DOCAS, em 19/08/1983, consignou o valor de **Cr$ 2.784.530,01** (dois milhões, setecentos e oitenta e quatro mil, quinhentos e trinta cruzeiros e um centavo), através de AÇÃO DE CONSIGNAÇÃO EM PAGAMENTO (Proc. n.º 000.05.56160-3), assim dividido: Cr$ 1.300.756,73 (hum milhão, trezentos mil, setecentos e cinquenta e seis cruzeiros e setenta e três centavos) como valor principal, e Cr$ 1.483.773,28 (hum milhão, quatrocentos e oitenta e três mil, setecentos e setenta e três cruzeiros e vinte e oito centavos) à título de reajuste.

Em seqüência, **(viii)** a PECAL se declara credora de **Cr$ 78.000.000,00** (setenta e oito milhões de cruzeiros), sendo o valor principal de **Cr$ 2.829.436,40** (dois milhões, oitocentos e vinte e nove mil, quatrocentos e trinta e seis cruzeiros e quarenta centavos), acrescido de correção monetária, ressaltando, que, àquela época, houve períodos em que a inflação atingiu o percentual de 80% (oitenta por cento) ao mês; afirma **(ix)** que a referida ação de consignação em pagamento foi sentenciada apenas em 24/11/1995, sendo julgada **improcedente**, tendo transitada em julgado, em 18/01/1998, após confirmada por este Tribunal de Justiça.

A PECAL ressalta, por derradeiro, **(x)** que é incontestável a execução dos **serviços adicionais** para a DOCAS, os quais geraram o crédito aqui perseguido, na quantia inicial, à época, de **Cr$ 2.829.436,40** (dois milhões, oitocentos e vinte e nove mil, quatrocentos e trinta e seis cruzeiros e quarenta centavos), confirmada pelo laudo pericial (acostado às fls.87/91, dos autos da ação de consignação em pagamento)

e reconhecida parcialmente pela própria DOCAS, tendo em vista a consignação da quantia que acreditou ser devida.

Por derradeiro, requer a condenação da DOCAS no valor de **R$ 854.790,93** (oitocentos e cinquenta e quatro mil, setecentos e noventa reais e noventa e três centavos), atualizado até **31/10/2000**, anexando planilha de cálculos, conforme doc. n.º 40, que dormita às fls. 107/115 destes autos.

CONTESTAÇÃO (fls. 123/133): Na defesa, a DOCAS, ora apelada/apelante/ré, alegou, preliminarmente, **(i)** a irregularidade na representação da parte autora, à luz do art. 12 c/c art.13, ambos, do CPC; **(ii)** a ocorrência da prescrição, decorrente do ajuizamento da ação de cobrança mais de 21 (vinte e um) anos depois da prática do negócio jurídico; **(iii)** a litigância de má-fé da autora, vez que promoveu a ação de cobrança de dívida integralmente paga. No mérito, defendeu **(iv)** a total quitação do débito ora cobrado, vez que houve integral cumprimento, pela via judicial, nos autos da ação de consignação em pagamento (Proc. n.º 0000.02.56160-3), ajuizada, conforme outrora relatado, pela DOCAS em face da PECAL.

Finalmente, **(v)** pleiteou o acolhimento da preliminar levantada e, por conseguinte, a extinção do feito, com julgamento de mérito (art. 269, IV, do CPC) e, caso esta fosse ultrapassada, que a ação de cobrança fosse julgada improcedente.

RÉPLICA apresentada às fls. 160/168.

Petição da DOCAS às fls. 209/218 (acompanhada de documentos de fls. 219/333).

Petição da PECAL às fls. 336/346.

DECISÃO, às fls. 393/394, indeferindo o pedido de desentranhamento dos documentos apresentados pela parte ré (DOCAS) e anunciando o julgamento antecipado do feito (vale registrar, **não agravada** por quaisquer das partes).

Petição da PECAL às fls. 420/426.

À fl. 427, **DESPACHO** determinando a intimação da DOCAS para se manifestar sobre petição e cálculos de fls. 420/426.

À fl. 441, petição de ambas as partes, datada de 11/09/2009, requerendo a **suspensão** do feito até 30/11/2009, visando à **composição amigável**.

AUDIÊNCIA DE INSTRUÇÃO E JULGAMENTO, nos seguintes termos: "Iniciada a audiência, pela MM. Juíza foi proposta a conciliação, no azo em que ambas as partes **requereram a suspensão do processo, pelo prazo de 40 (quarenta) dias, para uma possível composição amigável. No entanto, a MM. Juíza disse que, tendo em vista os presentes autos se encontram na Meta 2, do CNJ, designa audiência de instrução e julgamento, a se realizar no dia 10 de novembro de 2009, às 14 horas, ficando os presentes de já intimados.**" (fl. 443).

DECISÃO, igualmente **não agravada**, exarada nos seguintes termos: "*Trata-se de ação de cobrança. Termo audiencial do dia 01/10/09, ocasião em que ambas as partes requererem a suspensão do processo por 40 dias para tentarem um acordo. No entanto, a MM. Juíza disse que, tendo em vista os presentes autos se encontram na*

Meta 2, do CNJ, designa audiência de instrução e julgamento, a se realizar no dia 10 de novembro de 2009, às 14 horas, ficando os presentes de já intimados." (fl. 446).

NOVO TERMO DE AUDIÊNCIA DE INSTRUÇÃO E JULGAMENTO à fl. 447, do qual se infere que as partes não compareceram àquela assentada, razão pela qual deixou de se realizar, ficando os autos conclusos para julgamento.

À fl. 448, nova petição das partes, datada de 09/11/09, informando da necessidade de **prorrogação da suspensão** do feito por mais 60 (sessenta) dias.

SENTENÇA (fls. 449/457): Ao sentenciar, o juiz singular julgou **procedente** o pedido lastreado na ação de cobrança, nos termos relatados no preâmbulo.

À fl. 458, **novo pedido de suspensão do processo**, datado de 09/02/2010.

Às fls. 459/466, a DOCAS interpôs **EMBARGOS DE DECLARAÇÃO (I)**, requerendo que sejam sanadas as omissões e as contradições constantes na sentença e, por conseguinte, que seja feita uma análise de modo a emitir um juízo explícito sobre a matéria, permitindo, assim, o devido prequestionamento.

Às fls. 467/470, a PECAL apresentou, também, **EMBARGOS DE DECLARAÇÃO (II)**, requerendo, primeiramente, a substituição da expressão *"extinguindo o processo com julgamento do mérito"* por *"havendo resolução do mérito"*, à luz da nova redação dada pela Lei n.º 11.232/05 ao art. 269, *caput*, do CPC. Pugnou, outrossim, pela correção da inexatidão material contida à fl. 449, quando foi mencionada a quantia, em algarismos, de Cr$ 1.182.539,23, constando, por extenso, a palavra reais em vez de cruzeiros.

SENTENÇA DE ED's (II), desacolhendo os aclaratórios interpostos pela PECAL, vez que "*... a utilização da terminologia "extinção do processo" não retira da parte o direito ao cumprimento de sentença, sendo desnecessária a modificação da sentença ora rechaçada.*" (fl. 480).

SENTENÇA DE ED's (I), às fls. 481/484, desacolhendo, igualmente, os aclaratórios interpostos pela DOCAS, ressaltando que atento "*... à finalidade dos presentes embargos declaratórios, a questão foi bem discutida nos autos, decorrendo da decisão firmada, conclusão lógica sobre o melhor direito aplicável.*" (fl. 484).

Irresignadas com a referida sentença (fls. 449/457, complementada às fls. 480 e 481/484), ambas as empresas litigantes (PECAL e DOCAS) interpuseram os recursos apelatórios *sub examine*.

1ª APELAÇÃO (PECAL): Em suas razões recursais (fls. 488/491), aduz, a apelante/apelada/autora (PECAL), em síntese, que a juíza de piso proferiu a sentença de forma justa, vez que a demanda foi julgada procedente. Destarte, a magistrada extinguiu o processo, com julgamento do mérito, invertendo o significado do disposto no art. 269, I, do CPC, vez que, com o advento da Lei n.º 11.232/2005, o julgamento da causa não mais extingue o processo. Alega, ainda, a manutenção de tal vício impedirá ou dificultará o cumprimento de sentença.

Por derradeiro, requer o acolhimento do presente recurso, para reformar a parte da sentença que extinguiu o processo, afastando do julgamento a incerteza quanto

à satisfação, em sua plenitude, do seu direito ao cumprimento da sentença.

2ª APELAÇÃO (DOCAS): Em suas razões recursais (fls. 495/510, acompanhada de planilha de fls. 513/534), alega, a DOCAS, ora apelada/apelante/ré, em síntese, **(i)** a inobservância da norma federal que rege a suspensão do processo (art. 265, II, do CPC), tendo em vista o indeferimento dos pedidos de suspensão e, por conseguinte, a ocorrência de *error in procedendo*, devendo ser decretada a nulidade do processo; **(ii)** a prescrição da obrigação pelo pagamento de quaisquer dívidas oriundas do contrato, firmado em 1978, entre a autora e a ré, devendo incidir o disposto no art. 269, IV, do CPC; **(iii)** a litigância de má-fé da parte autora, impondo a condenação ao pagamento de multa de 1% (hum por cento) sobre o valor da causa (ou seja, R$ 8.547,90 (oito mil, quinhentos e quarenta e sete reais e noventa centavos)), mais honorários advocatícios e despesas, nos termos do art. 17 e 18, do CPC.

Em sequência, aduz **(iv)** a integral quitação da dívida objeto da presente ação de cobrança, através da AÇÃO DE CONSIGNAÇÃO EM PAGAMENTO (Proc. n.º 0000.02.56160-3), outrora ajuizada pela DOCAS em face da PECAL; **(v)** a indeterminação do crédito e a absurdez do valor pretendido.

Requer, ao final, que seja decretada a nulidade da sentença, visando ao retorno do feito à sua fase instrutória.

CONTRARRAZÕES apresentadas pela DOCAS à **1ª APELAÇÃO (PECAL)** , alegando que, apesar de a juíza singular ter empregado o termo "extinção" em vez de "resolução", não há que se falar em gravame à PECAL (fls. 537/542).

Intimada na forma da lei, a empresa PECAL apresentou **CONTRARRAZÕES** à **2ª APELAÇÃO (DOCAS)**, aduzindo, em síntese, às fls. 543/556, o seguinte: **(i)** que não ocorreu ofensa ao art. 265, II, do CPC, que versa sobre a suspensão do processo; **(ii)** inexistência de prescrição, vez que esta foi interrompida com o ajuizamento da ação de consignação em pagamento aforada, como dito, pela DOCAS; **(iii)** que fato algum foi sonegado ao juízo singular, vez que a PECAL juntou à exordial da presente ação de cobrança vários documentos extraídos da referida consignatória, demonstrando, assim, que não agiu com litigância de má-fé; **(iv)** o cumprimento, pela PECAL, ao despacho de fls. 353/354, exarado na consignatória, com a efetiva devolução do valor principal ali depositado pela DOCAS, correspondente àquilo que excedeu a verba sucumbencial, não devendo, desta feita, prosperar a alegação da DOCAS de que houve integral quitação da dívida ora cobrada; **(v)** a preclusão do direito de a DOCAS impugnar a planilha de fls. 421/426, onde a PECAL apresentou o valor atualizado – até 30/11/2007 - da dívida, objeto da presente demanda; **(vi)** o não provimento da apelação, com a manutenção da sentença de fls. 449/475 (complementada às fls. 480 e 481/484) e a condenação da DOCAS ao pagamento da quantia de R$ 2.212.073,26 (dois milhões, duzentos e doze mil, setenta e três reais e vinte e seis centavos), acrescida de honorários advocatícios, na base de 15% (quinze por cento) sobre a condenação, na forma derminada na sentença.

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. 577).

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 dos recursos de apelação *sub examine*, das questões prévias ao mérito da demanda, suscitadas (ou não) de ofício por este Relator, enquanto matérias de ordem pública.

1- Pressupostos de Admissibilidade Recursal:

Inicialmente, **CONHEÇO** dos 02 (dois) **RECURSOS DE APELAÇÃO** protocolizados, respectivamente, às fls. 486/491 e às fls. 494/510, ambos interpostos, sucessivamente, por **PECAL ENGENHARIA, INDÚSTRIA E COMÉRCIO LTDA.** e **CIA. DOCAS DO CEARÁ**, doravante nominados de **1ª APELAÇÃO (PECAL)** e **2ª APELAÇÃO (DOCAS)**, 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).

Especificamente quanto à existência de **fato impeditivo ao direito de a empresa DOCAS recorrer** - *in casu*, da ocorrência de **preclusão**, suscitada pela empresa PECAL, em suas contrarrazões, particularmente às fls. 553/556, a suplantar o interesse recursal da parte recorrente (DOCAS) em impugnar, em sede de apelação, os valores arbitrados na sentença hostilizada, em razão de a DOCAS ter silenciado, embora regularmente intimada - à época - para se manifestar sobre os cálculos -, **necessárias se fazem algumas digressões**. Vejamos.

1.1- Da Preclusão: Inexistência.

Imperiosa se faz averiguação **se a falta de impugnação à memória de cálculos** apresentada pela PECAL, quando da disponibilização de prazo, pela juíza *a quo*, para a DOCAS se manifestar sobre os valores apurados (fls. 421/427), acarreta preclusão e, em cadeia, **impedimento à interposição de recurso contra a sentença que arbitrou o valor da condenação**.

De início, incumbe ressaltar que, na sistemática do revogado CAPÍTULO VI – DA LIQUIDAÇÃO DE SENTENÇA (artigos 603 a 611), do CPC, 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).
> 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. CALCULO DO CONTADOR. AUSENCIA DE IMPUGNAÇÃO. RECURSO. PRECLUSÃO. INOCORRENCIA.
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 CALCULOS**, AFASTANDO, EM CONSEQUENCIA, A APLICAÇÃO DA SUM. 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 - CALCULO DO CONTADOR - AUSENCIA DE IMPUGNAÇÃO - PRECLUSÃO - INOCORRENCIA - CORREÇÃO MONETARIA - IPC/INPC - PERCENTUAL RELATIVO A JANEIRO/1989 (42,72%) - JURISPRUDENCIA PACIFICA 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 HOMOLOGATORIA DOS RESPECTIVOS CALCULOS**." [..] (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**)

Sob esse aspecto, **destaca-se que a não ocorrência da preclusão lógica** – renúncia ao direito de recorrer –, quando da não impugnação aos cálculos do contador, na fase de liquidação de sentença, **decorre da matéria não ter sido alcançada pela coisa julgada**.

Retornando ao caso ora em análise, conclui-se que, mesmo a DOCAS tendo silenciado, apesar devidamente intimada para se manifestar sobre a memória de cálculo atualizado apresentada pela PECAL, tal inércia não gerou óbice algum, no meu sentir, à interposição do recurso *sub examine*, haja vista que, à luz da jurisprudencia referenciada, a falta de impugnação da conta não acarreta a preclusão, nem impede a interposição de recurso contra a sentença (de conhecimento) que acolheu *in totum* o valor apontado pela credor (PECAL).

Com efeito, deve ser aplicado, *in casu,* o mesmo entendimento adotado quando da não impugnação aos cálculos elaborados pelo perito judicial, na fase de liquidação de sentença, tendo em vista que também não há se falar em coisa julgada no

caso em discussão.

Finalmente, convém registrar que tal situação difere, em sutileza, quando se está diante de **embargos à execução**, vez que "***A matéria decidida no processo de conhecimento está protegida sob o manto da coisa julgada, tornando inviável sua modificação em sede de embargos à execução.***" (REsp 958.410/SC, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA TURMA, julgado em 05/08/2008, DJe 11/09/2008; REsp 1017273/SC, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 28/10/2008, DJe 17/11/2008).

Aqui - e ao contrário –, a parte recorrente (DOCAS) efetivamente **apelou** da sentença, não tendo esta, por tal razão, transitado em julgado. Sendo assim, poderá a DOCAS recorrer da sentença, mesmo que outrora não tenham sido adversados os cálculos apresentados pela PECAL, a qual levou a condenação da DOCAS a pagar à PECAL o valor de R$ 2.212.073,26 (dois milhões, duzentos e doze mil, setenta e três reais e vinte e seis centavos), vez que – *in casu* – não se operou ainda a coisa julgada de tal *decisum*.

Diante disso, superadas as questões preliminares afeitas ao não conhecido da apelação em razão da existência de fato impeditivo do poder de recorrer em virtude da preclusão lógica, **DOU TRÂNSITO** à **2ª APELAÇÃO (DOCAS)**.

2 – Prejudicial de Mérito: Prescrição

A CIA. DOCAS DO CEARÀ sustenta, inicialmente, a ***prescrição*** da obrigação pelo pagamento de quaisquer dívidas oriundas do contrato firmado com a PECAL em 1978, referente à obra realizada no período entre 07/03/1979 e 07/06/1980 (conforme certidão à fl. 54).

Inicialmente, registra-se que, para hipótese em comento, deve ser aplicado as disposições, inclusive a **prescrição vintenária**, estabelecidas pelo **Código Civil de 1916**, em respeito as regras contidas nos arts. 2.028 e 2.035, ambos, do Código Civil de 2002, os quais dispõem:

> "Art. 2028. Serão os da lei anterior os prazos quando reduzidos por este Código, e se, na data de sua entrada em vigor, já houver transcorrido mais da metade do tempo estabelecido na lei revogada."

> "Art. 2.035. A validade dos negócios e demais atos jurídicos, constituídos antes da entrada em vigor deste Código, obedece ao disposto nas leis anteriores, referidas no art. 2.045, mas os seus efeitos, produzidos após a vigência deste Código, aos preceitos dele se subordinam, salvo se houver sido prevista pelas partes determinada forma de execução.
> Parágrafo único. Nenhuma convenção prevalecerá se contrariar preceitos de ordem pública, tais como os estabelecidos por este Código para assegurar a função social da propriedade e dos contratos."

Isso porque, conforme assentou a jurisprudência do **SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA**, se houver transcorrido mais da metade do prazo prescricional da lei anterior, impõe-se a incidência do prazo de prescrição regulado pelo CC/1916. Nesse sentido, citam-se (com destaque):

> "AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO DE INSTRUMENTO - CONSTRUÇÃO DE REDE ELÉTRICA. SOCIEDADE DE ECONOMIA MISTA. LEGITIMIDADE PASSIVA. REVISÃO. OBSTADA NESTA CORTE POR FORÇA DAS SÚMULAS 5 E 7/STJ. PRESCRIÇÃO. INOCORRÊNCIA.
> I - A reapreciação da matéria referente à legitimidade da Agravante demandaria o reexame de provas e cláusulas contratuais, bem como o ato de cisão da Companhia Agravante, o que é vedado em sede de Recurso Especial, nos termos das Súmulas STJ 5 e 7 desta Corte.
>
> II - **Conforme entendimento da Segunda Seção desta Corte, aplica-se o prazo prescricional quinquenal, observada a regra de transição prevista no artigo 2.028 do Novo Código Civil. Diante disso, considerando que, no caso, havia transcorrido mais de metade do prazo vintenário quando da entrada em vigor do Código Civil de 2002, aplica-se o prazo estabelecido pela lei antiga. Assim, o prazo de vinte anos teve início em 1990 e o seu termo final ocorreu em 02.01.2010. Daí que a presente ação, proposta em 10.01.2008, não se encontra prescrita.** Agravo Regimental improvido." (AgRg no Ag 1389176/RS, Rel. Ministro SIDNEI BENETI, TERCEIRA TURMA, julgado em 26/04/2011, **DJe 05/05/2011**)
>
> "PROCESSO CIVIL. AÇÃO DE COBRANÇA. ILEGITIMIDADE PASSIVA AD CAUSAM. SÚMULAS N. 5 E 7/STJ. PRESCRIÇÃO. PRAZO. ART. 177 DO CC DE 1916 OU ART. 206, § 5º, INCISO I DO CC DE 2002.
> 1. A controvérsia acerca da ilegitimidade passiva é insuscetível de exame em recurso especial se, para tanto, faz-se necessária a análise dos elementos probatórios produzidos ao longo da demanda.
> 2. A prescrição das ações de natureza pessoal que envolvem dívidas líquidas documentadas, em que a obrigação é certa quanto à existência e determinada quanto ao objeto, deve observar o prazo previsto no art. 177 do Código Civil de 1916 ou no art. 206, § 5º, inciso I do Código Civil de 2002, **atendida a regra de transição estabelecida no atual codex.**
> 3. Agravo regimental desprovido." (AgRg no Ag 1146090/RS, Rel. Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, QUARTA TURMA, julgado em 16/12/2010, **DJe 01/02/2011**)

Dessa forma, considerando-se o início da contagem da prescrição o dia **07/06/1980** (conforme às fls. 500 e 548) e observado o prazo de 20 (vinte) anos para o ajuizamento da ação de cobrança (art. 177, CC/16), infere-se que a pretensão da cobrança da dívida – oriunda do contrato firmado entre DOCAS e PECAL – deveria

prescrever em **07/06/2000**.

Todavia, a PECAL alega, em suas contrarrazões (fls. 548/549), que a prescrição foi interrompida, tendo em vista a ocorrência de eventos ensejadores dessa interrupção.

Destarte, para aferir à incidência do dispositivo que trata sobre a interrupção da prescrição prevista no art. 172, V, do CC/16 (correspondência: art. 202, inc. VI, do CC/02), é necessário que haja uma evidente manifestação da devedora (DOCAS) sobre a existência reconhecida do direito da credora (PECAL), o que está bem configurado no processo, ora em julgamento, mediante a emissão das cartas pela DOCAS à PECAL, às fls. 75 e 80, datadas, respectivamente, de 14/12/1982 e 02/05/1983.

Em tais missivas, a DOCAS reconheceu o débito e a propositura, em 19/08/1983, da AÇÃO DE CONSIGNAÇÃO EM PAGAMENTO (Proc. 0000.02.56160-3), onde a mesma depositou o valor que acreditou ser devido em favor da PECAL, demonstrando, novamente, conhecimento inequívoco do direito da credora.

O prazo prescricional, como dito, teve início em **07/06/1980** e a prescrição foi interrompida sucessivamente em 14/12/1982, em 02/05/1982 e, por último, em 02/05/1983, com o ajuizamento da **consignatória**. Referida ação foi julgada **improcedente** em 24/11/1995, transitando em julgado, após confirmada pelo Tribunal de Justiça, em **18/01/1998**.

Proposta a ação ordinária de cobrança em **11/10/2001**, não há que se falar em prescrição, vez que, com o trânsito em julgado da decisão que julgou improcedente a consignatória, **cessou o ato interruptivo e teve reinício a contagem do prazo prescricional, nos termos do art. 173, do CC/16** (correspondência: art. 202, p. único, do CC/02).

Sob esse enfoque, observamos o seguinte **precedente** do **SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA**, *in verbis* (com destaques):

> "Direito civil e processual civil. Recurso especial. Embargos do devedor à execução. Cédula de crédito comercial. Propositura de ação de consignação em pagamento. Causa interruptiva de prescrição. Embargos de declaração. Ausência de omissão, contradição e obscuridade.
> - Inadmissível o recurso especial quanto à questão que, a despeito da interposição de embargos de declaração, não foi apreciada pelo Tribunal estadual, que decidiu fundamentadamente a controvérsia, sem omissões, contradições, ou obscuridades.
> - **O ajuizamento da ação de consignação em pagamento consiste em causa que interrompe a prescrição, pois o devedor, por meio desta ação, pretende consignar em juízo o valor que entende devido, importando, por conseguinte, em ato inequívoco de reconhecimento do direito do credor, nos termos do art. 172, inc. V, do CC/16 (correspondência: art. 202, inc. VI, do CC/02)**. Recurso especial parcialmente conhecido e, nessa parte, provido." (REsp 648.989/RS, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI,

TERCEIRA TURMA, julgado em 25/09/2006, **DJ 09/10/2006**, p. 285)

Considerando-se, portanto, que o ajuizamento de ação de consignação em pagamento e as cartas emitidas pela DOCAS, reconhecendo o valor que acreditou ser devido à PECAL, constituem, efetivamente, **atos inequívocos que importam reconhecimento do direito da credora (PECAL) pela devedora (DOCAS)**, tais hipóteses consistem, por certo, em causas que interrompem a prescrição, nos termos do art. 172, V, do CC/16 (correspondência: art. 202, VI, do CC/02).,

DIANTE DO EXPOSTO, REJEITO A PREJUDICIAL EM APREÇO.

Passemos, pois, à análise da **1ª APELAÇÃO (PECAL)** (fls. 488/491).

Mérito:

1 – 1ª Apelação (PECAL):

Alega a empresa PECAL que a magistrada extinguiu o processo com julgamento do mérito, invertendo o significado do disposto no art. 269, I, do CPC, vez que, com o advento da Lei n.º 11.232/2005, o julgamento da causa não mais extingue o processo.

Destarte, muita embora, a **1ª APELAÇÃO (PECAL)** se ressinta, a meu sentir, do interesse recursal, na medida em que a terminologia utilizada pela juíza singular em nada altera o conteúdo da sentença e, menos ainda, impede o desenrolar do feito à luz da processualística vigente, **CONHEÇO** do apelo apenas para corrigir singela **inexatidão material**, substituindo o termo "*extinguindo o processo com julgamento do mérito*" por "*havendo resolução do mérito*", nos termos do art. 269, *caput*, do CPC, na nova redação dada pela Lei nº 11.232/2005.

Passemos, agora, à análise da **2ª APELAÇÃO (DOCAS)**, de fls. 494/510.

2 – 2ª Apelação (DOCAS):

2.1 – Da Inobservância da Norma Federal que rege a suspensão do processo (Art. 265, II, do CPC): Não Ocorrência.

Aduz a DOCAS, ora apelada/apelante/ré, que a juíza *a quo,* ao indeferir o pedido suspensão do processo formulado pelas partes, nos termos do art. 265, II, do CPC, cometeu claro *error in procedendo*, tendo em vista que a matéria disposta na referida norma federal é um *negócio jurídico processual*, inclusive, vinculando o juízo, o qual não poderia se negar a suspender o processo.

Para corroborar suas alegações, juntou às suas razões recursais o seguinte julgado do SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, *in verbis:*

> "PROCESSUAL CIVIL. EXECUÇÃO. SUSPENSÃO DO PROCESSO. CONVENÇÃO DAS PARTES. LIMITES DO PODER HOMOLOGATORIO DO JUIZ. DE ACORDO COM A LEI DE PROCESSO, A SUSPENSÃO DA EXECUÇÃO, POR CONVENÇÃO DAS PARTES, TEM CARATER DE NEGOCIO JURIDICO, SENDO A INTERVENÇÃO DO JUIZ, NO CASO MERAMENTE DECLARATORIA DA ESTIPULAÇÃO DOS QUE INTEGRAM A RELAÇÃO PROCESSUAL. ESTANDO A EXECUÇÃO "SUSPENSA", POR CONVENÇÃO DAS PARTES, NÃO FLUI O PRAZO PARA OFERECIMENTO DOS EMBARGOS DO EXECUTADO. NA EXECUÇÃO FISCAL, A INTIMAÇÃO DA PENHORA, AO EXECUTADO, FAR-SE-A MEDIANTE PUBLICAÇÃO, NO ORGÃO OFICIAL, DO ATO DE JUNTADA DO TERMO OU DO AUTO DE PENHORA. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO. DECISÃO UNANIME." (REsp 15269/SP, Rel. Ministro DEMÓCRITO REINALDO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 06/12/1993, **DJ 21/02/1994**, p. 2120)

Sob esse aspecto, incumbe destacar que o acordo entre as partes no sentido de requerer a suspensão do feito só produz efeitos quando o juiz, à vista da manifestação, determina o sobrestamento do processo.

Com efeito, infere-se que o pedido de **suspensão do processo**, pela vontade das partes, nos termos do art. 265, II, do CPC, **não é automático**.

Para ***Fredie Didier Jr.***, a suspensão do processo pela convenção das partes *"Trata-se de um negócio jurídico processual, que se submete à aprovação do magistrado para que possa produzir o seu efeito típico."* (Curso de Direito Processual Civil, Teoria Geral do Processo e Processo de Conhecimento. ed. 12ª. Salvador: Editora JusPODIVM, 2010, p. 576).

Ad argumentandum, observa-se que, apesar dos pedidos feitos pelas partes, requerendo o sobrestamento, em nenhum momento o processo, ora em julgamento, foi suspenso pela magistrada singular.

Portanto, como o processo encontrava-se em curso à época da prolatação da sentença, não deve prosperar a tese da DOCAS sobre a nulidade deste ato.

Por sua vez, a análise do autos revela que o **primeiro pedido de sobrestamento** do processo ocorreu em **29/09/2009**, sendo tal pleito apreciado na audiência de instrução e julgamento – realizada em 01/10/2009 –, nos seguintes termos: "... a*mbas as partes* ***requereram a suspensão do processo, pelo prazo de 40 (quarenta) dias, para uma possível composição amigável. No entanto, a MM. Juíza disse que, tendo em vista que os presentes autos se encontram na Meta 2, do CNJ, designa audiência de instrução e julgamento, a se realizar no dia 10 de novembro de 2009, às 14 horas, ficando os presentes de já intimados***." (fl. 443).

Em sequência, à fl. 446, a magistrada proferiu decisão - em 13/10/2009 -, no sentido de negar o sobrestamento do feito, vez que os autos se encontravam na "*Meta 2*".

Deste *decisum* nenhuma das partes (DOCAS e/ou PECAL) recorreram,

portanto, ao se quedarem inertes no prazo da interposição do recurso cabível, **corroboraram tacitamente com a decisão que negou a suspensão do processo**, caracterizando a aquiescência, na sua foma tácita, **espécie de preclusão lógica**.

A esse respeito, o Código de Processo Civil, em seus arts.183 e 503, assim preceitua, *in verbis*:

> "Art. 183. Decorrido o prazo, extingue-se, independentemente de declaração judicial, o direito de praticar o ato, ficando salvo, porém, à parte comprovar que o não realizou por justa causa".

> "Art. 503. A parte que aceitar expressa ou tacitamente a sentença ou a decisão, não poderá recorrer.
> Parágrafo único. Considera-se aceitação tácita a prática, sem reserva alguma, de um ato incompatível com a vontade de recorrer".

Compulsando-se, ainda, atentamente os autos, verifica-se que o processo somente foi sentenciado em **19/04/2010**, ou seja, quase 07 (sete) meses depois do pedido de suspensão do processo (manejado em **29/09/2009**). Dessa forma, independentemente do deferimento ou não do pedido de suspensão, o disposto no § 3º, do art. 265, do CPC, restou atendido, o qual dispõe (com destaques):

> "Art. 265. Suspende-se o processo:
> **§3º. A suspensão do processo por convenção das partes**, **de que trata o n. II, nunca poderá exceder 6 (seis) meses: findo o prazo, o escrivão fará os autos conclusos ao juiz, que ordenará o prosseguimento do processo."**

Ademais, após o pedido de suspensão do feito, o único ato praticado nos autos foi a realização da audiência de instrução e julgamento, no qual as partes não compareceram, não provocando prejuízo algum aos mesmos.

Urge mencionar que o processo civil contemporâneo caracteriza-se pelo **princípio da instrumentalidade das formas**, não devendo ser declarada nulidade de ato quando alcançada a sua finalidade sem prejuízo às partes (*pas de nullité sans grief*), à luz do art. 244, do CPC[1].

Diante disso, oportunos são os ensinamentos de ***Fredie Didier Jr.***[2], ao comentar sobre o tema "*Não há invalidade sem prejuízo*":

1 "*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.*"

2 DIDIER JR., Fredie. *op. cit. p.275.*

> "Há prejuízo sempre que o defeito impedir que o ato atinja a sua finalidade. Em qualquer caso. Sempre – mesmo quando se trate de nulidade cominada em lei, como aquela decorrente da constatação de que uma decisão fora proferida por juízo absolutamente incompetente (art. 113,§ 2º, do CPC), ou as chamadas nulidades absolutas."

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

Portanto, considerando que: (i) o processo nunca foi suspenso; (ii) a DOCAS aquiesceu com a decisão que negou o primeiro pedido de suspensão, ocorrendo a preclusão lógica; (iii) independentemente do deferimento ou não do sobrestamento do feito, o processo somente foi sentenciado após o prazo estabelecido no § 3º, do art. 265, do CPC, assim, respeitando a finalidade precípua deste dispositivo, isto é, proporcionar que as partes chegassem a um acordo, o qual da análise dos autos infere-se que não ocorreu; **ENTENDO** que **não houve violação ao disposto no art. 265, II, do CPC**, e, com isso, a ocorrência de *error in procedendo*, **restando afastada, assim, a tese da nulidade do processo e da sentença**.

2.2 – Da Integral Quitação da Dívida: Inexistência.

Incumbe, de logo, mencionar que a AÇÃO DE CONSIGNAÇÃO EM PAGAMENTO (Proc. n.º 0000.02.56160-3), ajuizada pela DOCAS em face da PECAL, resultou na improcedência do pedido, cuja fundamentação foi no sentido de que a obrigação não era líquida e certa para justificar a consignatória. No entanto, conforme apurado pelo perito oficial, foi reconhecida a realização de serviços extras pela PECAL à DOCAS, tendo a sentença transitada em julgado em 18/01/1998.

Em sequência, na fase de execução da sentença – da consignatória –, a PECAL requereu o levantamento do valor consignado, no montante de R$ 14.716,13 (quatorze mil, setecentos e dezesseis reais e treze centavos), momento em que o juiz deferiu, nos seguintes termos "*Defiro o pedido de levantamento da quantia depositada, em duas guias nos termos do pedido."* (fl. 347).

Após o levantamento do valor depositado, o juiz (da consignatória) proferiu decisão (fls. 353/354), nestes termos:

> "Na verdade, a parte acabou por levantar, indevidamente, verba bem superior ao que lhe aprouve por imposição sucumbencial, razão pela qual determino a devolução do valor excedente aos 20% (vinte por cento), no prazo de 20 (vinte) dias, sob pena de haver-se por efetiva e completamente quitada a obrigação objeto de discussão nestes autos". (fl. 354)

Diante de tal fato, assevera a DOCAS que, em virtude da devolução não

ter ocorrida dentro do prazo estipulado no *decisum* (vinte dias), nos autos da referida consignação, ocorreu a integral quitação da dívida.

Feitas tais considerações preliminares, entendo que as razões fáticas e jurídicas apresentadas pela DOCAS não devem prosperar. Vejamos.

Primeiramente, **(i)** devidamente intimada do *decisum* que determinou a devolução do valor excedente (fls. 353/354), a PECAL interpôs agravo de instrumento, visando à suspensão da referida decisão.

Em sequência, o juiz da consignatória, na análise de uma possível retratação, despachou no sentindo de **aguardar** "*... no entanto, o despacho do DD. Relator, aquilatando sobre a eventual suspensividade requestada, após o que deliberarei.*" (fl 361.v.)

O referido agravo de instrumento deixou de ser conhecido, tendo em vista a ausência de pressuposto de admissibilidade, no tocante à tempestividade (fl. 364).

Após cientificação do resultado do mencionado agravo, o juiz singular, à fl. 364.v., despachou determinando o cumprimento integral da decisão sobre a devolução do valor excedente.

Contudo, conforme se infere da certidão, à fl. 366.v., a PECAL não foi notificada para efetuar a devolução do valor de R$ 14.716,13 (quatorze mil, setecentos e dezesseis reais e treze centavos), não podendo, assim, ser penalizada.

A **notificação pessoal** da PECAL, para que pudesse cumprir a determinação (devolução da quantia levantada indevidamente), seria uma exigência legal (arts. 632 e 644, ambos do CPC), tendo em vista tratar-se de uma **obrigação de fazer**.

Outrossim, **(ii)** a obrigação não poderia ser declarada cumprida, vez que a sentença da consignação já transitou em julgado – desde 18.01.1998 –, no sentido de que o valor consignado não seria o valor integral da dívida ora em discussão.

Portanto, caso o juiz da consignatória e o da ação ordinária de cobrança tivessem considerado adimplindo o valor da obrigação, o que de fato não aconteceu, restaria configurada ofensa à coisa julgada, violando o dispositivo do art. 467, do CPC.

Nelson Nery Junior e ***Rosa Maria de Andrade Nery*** assinalam que "*Coisa julgada material é a qualidade que torna imutável e indiscutível o comando que emerge da parte dispositiva de mérito não mais sujeita a recurso ordinário e extraordinário (CPC 467; LICC 6.º §3º), nem a remessa necessária do CPC 475*." (Código de Processo Civil Comentado e Legislação Extravagante, RT, 11ª edição, 2.010, item 1, p. 709)

Finalmente, **(iii)** deve-se ressaltar que a PECAL, mesmo sem ser notificada pessoalmente da determinação do juiz, nos autos da ação de consignação, **cumpriu e efetuou, tempestivamente, a restituição da quantia – excedente – outrora levantada**, conforme se infere à fl. 368 (cópia dos autos da consignatória).

Diante disso, **ENTENDO** que não houve quitação da obrigação, vez que a DOCAS não se desincumbiu do encargo previsto no art. 333, I, do CPC, não conseguindo provar o adimplemento da dívida, ora em discussão.

2.3 – Da Litigância de má-fé da PECAL: Ônus da Prova não ultrapassado (Art. 333, I, do CPC).

No tocante à litigância de má-fé reclamada pela DOCAS em desfavor da PECAL, entendo que não deve prosperar, vez que não vislumbro a ocorrência de nenhuma das hipóteses listadas nos incisos I a VII, do art. 17, do CPC, o qual dispõe:

> "Art. 17 - Reputa-se litigante de má-fé aquele que:
> I - deduzir pretensão ou defesa contra texto expresso de lei ou fato incontroverso;
> II - alterar a verdade dos fatos;
> III - usar do processo para conseguir objetivo ilegal;
> IV - opuser resistência injustificada ao andamento do processo;
> V - proceder de modo temerário em qualquer incidente ou ato do processo;
> VI - provocar incidentes manifestamente infundados;
> VII - interpuser recurso com intuito manifestamente protelatório."

Como já restou demonstrado, a DOCAS não conseguiu comprovar a devida quitação da dívida, objeto da presente demanda, não cumprindo, assim, com o encargo imposto pelo art. 333, I, do CPC.

Ademais, convém registrar que as cópias extraídas dos autos da consignatória foram juntadas ao processo, ora em julgamento, tanto pela DOCAS, como pela PECAL, não havendo prejuízo à nenhuma das partes.

Sendo assim, tendo em vista que a DOCAS, ao interpor o presente recurso, apenas mencionou que a PECAL omitiu, dolosamente, a integral quitação da dívida e que não teve acesso aos autos da consignatória, não impugnando objetivamente o alegado, com a devida comprovação de que realmente houve litigância de má-fé da parte adversa, não há como se acolher o pleito.

2.4 – Da Indeterminação do Crédito e da Absurdez do Valor Pretendido. Necessidade de Liquidação por Arbitramento.

Inicialmente, impende mencionar que não há dúvida quanto à obrigação da DOCAS perante à PECAL, decorrentes dos **serviços adicionais** acrescidos na execução das obras submersas de contenção do enrocamento e aprofundamento da bacia de evolução do porto de Fortaleza, oriundos do contrato firmado em 04/12/1978. Vejamos.

Primeiramente, deve ser ressaltado que a própria DOCAS reconheceu o direito da credora (PECAL), tendo em vista as cartas emitidas, reconhecendo parcialmente o débito, conforme se infere às fls. 75 e 80, ambas datadas, respectivamente, de 14/12/1982 e de 02/05/1983.

Em seguida, a DOCAS, em 19/08/1983, propôs ação consignatória, em

que foi depositado o valor que acreditou ser devido em favor da PECAL, demonstrando, novamente, conhecimento do direito da credora.

Importante, ainda, destacar que as alegações, contidas no apelo recursal da DOCAS – a prescrição da cobrança e a quitação integral da dívida –, não restaram comprovadas pela análise dos autos.

Finalmente, deve ser ressaltado que o laudo pericial de fls. 87/91, realizado nos autos da consignatória, corrobora a execução dos serviços adicionais.

Urge registrar, por derradeiro, que a juíza singular, ao sentenciar a presente ação, reconheceu a realização desses serviços adicionais, julgando procedente o pedido da PECAL, condenando a DOCAS ao pagamento de R$ 2.212.073,26 (dois milhões, duzentos e doze mil, setenta e três reais e vinte e seis centavos), sendo este montante auferido com base, exclusivamente, na planilha apresentada pela PECAL, uma vez que a DOCAS, apesar de intimada, não apresentou impugnação aos referidos cálculos, conforme acima relatado.

Todavia, o *quantum debeatur*, decorrente de tal obrigação, somente poderia ser apurado em sede de liquidação de sentença, sendo oportuno lembrar que "*[...] A liquidação está limitada a integrar à sentença civil condenatória genérica o elemento declaratório relativo à* ***quantificação do valor*** *ou à determinação do objeto da obrigação.*"[1] (Negritado).

A pretensão referente ao *quantum* da condenação está ligada aos valores dos serviços adicionais executados nas obras submersas de contenção do enrocamento e aprofundamento da bacia de evolução do porto de Fortaleza, oriundos do contrato firmado em 04/12/1978, os quais deverão ser apurados em liquidação de sentença, mediante arbitramento, tendo em vista a necessidade de perícia técnica, remetendo-se, assim, a valoração do montante devido àquela fase.

A própria sentença da consignatória, às fls. 93/102, aborda a iliquidez da obrigação, ora em discussão (destaques):

> " O "quantum" devido ainda é objeto de discussão, não chegando as partes a um denominador comum quanto ao débito oriundo do contrato firmado entre as partes, encontrando a autora o meio cômodo para consignar o que entendeu devido.
> Os documentos de fls. 17/196 bem atestam a divergência entre as partes com a relação ao "quantum" devido, encerrando a autora, na esfera administrativa, e unilateralmente, a discussão do valor da dívida, como afirmou na correspondência, cuja cópia se encontra às fls. 180, datada de 09.08.83.
> **Não há, portanto, quantia líquida e certa para justificar a consignatória. Nem a perícia atingiu o ponto essencial da questão.**"

1 LUCON, Paulo Henrique. In: MARCATO, Antônio Carlos (coord.). Código de processo civil interpretado. 3ª ed. São Paulo: Atlas, 2008, p. 1.583-1.584.

Sob esse aspecto, deve ser mencionado, novamente, os ensinamentos de ***Nelson Nery Junior*** e ***Rosa Maria de Andrade Nery[2], ao comentar sobre o liquidação por arbitramento:***

> "**Liquidação positiva.** A sentença proferida em ação de conhecimento, que condena a parte ao cumprimento de obrigação de dar (pagar quantia em dinheiro), deve ter por pressuposto a certeza do dever de prestar (an debeatur). Em ação de indenização por danos, por exemplo, deve estar provada a existência do dano, requisito essencial para que haja o dever de o causador desse dano indenizar o prejudicado. Sendo assim, se o juiz determina na sentença que o valor dos danos já comprovados serão apurados por arbitramento, isso significa que deve ser nomeado perito para que fixe o valor desses danos. Por essa razão é inadmissível o resultado zero na liquidação por arbitramento, que tem de ser sempre positiva. A liquidação negativa (zero) somente poderá ocorrer de ser provado fato novo, superveniente, o que o juiz não pôde aquilatar quando da sentença do processo de conhecimento."

Diante disso e dada a necessidade de perícia técnica para fins de quantificação dos mencionados serviços adicionais e do respectivo valor atualizado, o que não se confunde com a existência desses serviços adicionais, e, por conseguinte, o reconhecimento do direito de a credora (PECAL) ser indenizada, **ENTENDO** que os valores decorrentes dos serviços adicionais, oriundos do contrato firmado entre PECAL e a DOCAS, deverão ser apurados em **liquidação por arbitramento**, nos termos do art. 475-C, do CPC, inclusive quanto à evolução do débito (respeitadas as mudanças monetárias ocorridas desde à época da celebração da avença até o advendo o Real), à correção monetária, aos juros legais, evitando-se, dessa forma, o enriquecimento ilícito da indenizada.

Conclusão

Diante de todo o exposto, voto pelo **CONHECIMENTO** de ambas as apelações, por observar presentes os pressupostos intrínsecos e extrínsecos de admissibilidade.

Quanto à prejudicial de mérito (prescrição), suscitada pela CIA. DOCAS DO CEARÁ , **REJEITO-A**.

No mérito, considerando a complexidade do caso concreto, **DOU PROVIMENTO** à apelação apresentada pela PECAL ENGENHARIA, INDÚSTRIA E COMÉRCIO LTDA. (**1ª APELAÇÃO**) e **PARCIAL PROVIMENTO** à apelação interposta pela CIA. DOCAS DO CEARÁ (**2ª APELAÇÃO**), modificando os termos da sentença recorrida para:

2 NERY JUNIOR, Nelson. *op. cit. p.756.*

a) corrigir singela inexatidão material, substituindo o termo "*extinguindo o processo com julgamento do mérito*" por "***havendo resolução do mérito***", nos termos do art. 269, *caput*, do CPC, na nova redação dada pela Lei nº 11.232/2005;

b) determinar a apuração dos valores referentes aos serviços adicionais, decorrentes do contrato firmado em 04/12/1978, em regular **liquidação por arbitramento**, nos termos do art. 475-C, do CPC, inclusive quanto à evolução do débito (respeitadas as mudanças monetárias ocorridas desde à época da celebração da avença até o advendo o Real), à correção monetária, aos juros legais, evitando-se, dessa forma, o enriquecimento ilícito da indenizada.

É como voto, tudo nos termos das razões apresentadas, que integram esta decisão, restando, no mais, mantida a sentença.

Fortaleza-CE, 20 de outubro de 2.011.

PROCESSO Nº 1011-38.2005.8.06.0134/1
TIPO DA AÇÃO: Apelação Cível
COMARCA: Vara Única da Comarca de Novo Oriente.
PARTES:
APELANTE: Ministério Público do Estado do Ceará
APELADO: José Siriano da Costa
RELATOR: Des. Francisco Suenon Bastos Mota
ÓRGÃO JULGADOR: 5ª Câmara Cível

EMENTA:
PROCESSO CIVIL. APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA EXECUTIVA. EXTINÇÃO SEM RESOLUÇÃO DO MÉRITO. EXECUÇÃO DE DECISÃO DO TRIBUNAL DE CONTAS DOS MUNICÍPIOS. MULTA. POSSIBILIDADE. MINISTÉRIO PÚBLICO. LEGITIMIDADE. AUSÊNCIA DE INTERESSE PROCESSUAL, POR INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO.
1.Resta pacificado o entendimento de que o Ministério Público tem competência e, portanto, é legitimado para executar decisões proferidas pelas Cortes de Contas, conforme dispõe o art. 25, inciso VIII da Lei n° 8.625/93.
2.A Constituição Federal em seu art. 71, §3.° e na mesma toada segue a Constituição do Estado do Ceará - art. 78, §3.°, estabelece que tais decisões, ao imputar débito ou multa, possuem eficácia de título executivo.
3. Apesar disso, verificada carência da ação ante a ausência de interesse processual, por via da inadequação, uma vez que o entendimento jurisprudencial aponta para a impossibilidade de se executar *decisum* com força de título executivo através de Ação Civil Pública de caráter executivo.
4.Recurso de Apelação conhecido, porém desprovido, ao tempo que se extingue o feito de ofício pela inadequação da via eleita. Sentença modificada em seus fundamentos.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de **Apelação Cível nº 1011-38.2005.8.06.0134/1,** em que são as partes acima expostas.

ACORDA a 5ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, em julgamento de turma, por unanimidade, em conhecer do recurso de apelação interposto, contudo para negar-lhe provimento, nos termos do voto do eminente Relator.

RELATÓRIO

Tratam os autos de recurso de **APELAÇÃO CÍVEL** interposto pelo Ministério Público Estadual, objetivando a reforma da sentença proferida pelo MM. Juiz de Direito da Vara Única da Comarca de Novo Oriente.

Na inicial, fls. 02/06, o **Ministério Público do Estado do Ceará** propõe contra **José Siriano da Costa,** ex-presidente da Câmara Municipal de Novo Oriente, a **Ação Cível Pública** com o escopo de executar a **multa,** no montante de R$ 1.064,10 (um mil e sessenta e quatro reais e dez centavos), aplicada pelo Tribunal de Contas dos Municípios, tendo em vista o acórdão nº 527/02 do referido Tribunal.

Aduz o membro do *Parquet a quo* que a via eleita é a adequada, tendo em vista o art. 71, § 3°, da Constituição Federal e o art. 78, §3°, da Constituição Estadual, os quais dispõem que a decisão do Tribunal de Contas é título executivo extrajudicial, portanto, autoriza a deflagração do procedimento executivo, conforme se pode verificar nas fls. 04 *usque* 06. Apesar do entendimento do membro do Ministério Público acima exarado, o mesmo ingressou com uma Ação Civil Pública.

Empós, requereu o pagamento dos valores acima discriminados e a nomeação de bens à penhora, caso não fosse devidamente satisfeita a obrigação.

Sentença por meio da qual o processo fora extinto sem resolução de mérito, ante a ausência de legitimidade ativa, bem como a inexistência pressupostos de desenvolvimento válido e regular do processo, conforme se pode verificar nas fls. 38/41

Nesta mesma decisão, o Juízo *a quo* asseverou ser: "temerária a pretensão de imprimir **procedimento executivo** à ação civil pública, porquanto essa consubstancia ação de conhecimento, com rito ordinário, enquanto aquele se constitui em **procedimento sumário próprio**, no qual inexiste o contraditório, onde o demandado, ao invés de se chamado para responder, o é para pagar ou segurar o juízo."(fls. 40)

Inconformado, interpôs recurso de apelação alegando sua legitimidade para responsabilizar ex-gestor condenado pelo Tribunal de Contas. Asseverou que, apesar do rito correto ser o da execução, o *nomen juris* dado à ação não é o fundamental, pugnando pela reforma do *decisum a quo* (fls. 42/26). Em suma, tenta se valer do princípio da fungibilidade.

Apelação recebida, no efeito devolutivo, em despacho de fls. 42.

O Juízo *a quo,* em decisão fundamentada, ratificou a sentença exarada e determinou o envio dos autos ao egrégio Tribunal de Justiça (fls.49), eis que foram observadas todas as formalidades.

O ex-agente político foi intimado por este juízo, tendo em vista a anterior ausência de intimação, conforme se verifica às fls. 73.

O apelado apresentou contrarrazões, fls. 79/88.

Parecer da Procuradoria Geral de Justiça em que o representante do *Parquet* se filiou ao entendimento no qual o Ministério Público não tem legitimidade ativa *ad causam* para executar o ato administrativo proferido pelo Tribunal de Contas

dos Municípios, que condenou o ex-agente político. Entendeu, ainda, pela ilegitimidade de se ajuizar ação civil pública executiva fundada em decisões emanadas do Tribunal de Contas dos Municípios. (fls. 56/63).

É o relatório.

VOTO

Versam os presentes autos acerca de Apelação interposta pelo Ministério Público Estadual, objetivando a reforma da sentença proferida pelo MM. Juiz de Direito da Vara Única da Comarca de Novo Oriente que extinguiu Ação Civil Pública sem resolução de mérito.

A controvérsia existente no recurso interposto pelo *Parquet* resume-se na perquirição da existência de adequação do meio utilizado para executar decisão proferida pelo Tribunal de Contas dos Municípios, além da discussão acerca da legitimidade do Ministério Público.

Verificando o teor do dispositivo da Lei Orgânica Nacional do Ministério Público (Lei n° 8.625/93), percebe-se que o Órgão Ministerial é dotado de competência para responsabilizar os gestores de verba pública, que foram devidamente condenados pela Tribunal de Contas, senão vejamos:

> Art. 25. Além das funções previstas nas Constituições Federal e Estadual, na Lei Orgânica e em outras leis, **incumbe, ainda, ao Ministério Público:**
> Omissis
> VIII - ingressar em juízo, de ofício, para **responsabilizar os gestores do dinheiro público condenados por tribunais** e conselhos de contas; (destaquei)

Oportuna é a colação jurisprudencial do Superior Tribunal de Justiça, a qual aplicou a norma supracitada no mesmo sentido:

> EDcl no REsp 1182185 / MG, EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO RECURSO ESPECIAL 2010/0035610-0; Rel.: Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES; T2 - SEGUNDA TURMA; Data do Julgamento: 18/11/2010; **DJe 29/11/2010.**
> PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. OMISSÃO. CARACTERIZAÇÃO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. EXECUÇÃO DE TÍTULO EXECUTIVO EXTRAJUDICIAL. CONDENAÇÃO PELO TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. **MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. LEGITIMIDADE. SITUAÇÃO EXCEPCIONAL CONFIGURADA. FALHA DO SISTEMA ORDINÁRIO DE REPRESENTAÇÃO E DEFESA DO ERÁRIO. (PROCESSUAL CIVIL. OFENSA AO ART. 535 DO CPC. INOCORRÊNCIA.** AÇÃO CIVIL PÚBLICA COM PEDIDO DE RESTITUIÇÃO DE CERTAS IMPORTÂNCIAS VS. EXECUÇÃO DE TÍTULO EXECUTIVO EXTRAJUDICIAL RELATIVO ÀS MESMAS VERBAS.

> INEXISTÊNCIA DE TRÍPLICE IDENTIDADE ENTRE PROCESSO DE CONHECIMENTO E PROCESSO DE EXECUÇÃO. LITISPENDÊNCIA. NÃO-CARACTERIZAÇÃO. PERDA DE INTERESSE PROCESSUAL NO ÂMBITO DA ACP.)
> 1. Nos aclaratórios, sustenta a parte embargante que esta Corte Superior não examinou questão levantada em contra-razões no sentido de que o Ministério Público não tem legitimidade ativa para a propositura de execução de título executivo extrajudicial.
> 2. Com razão o embargante quando pontua a omissão do acórdão recorrido. No entanto, o suprimento da omissão não lhe importará benefícios.
> 3. **É que pacificou-se na Primeira Seção desta Corte Superior o entendimento segundo o qual o Ministério Público tem legitimidade para promover execução de título executivo extrajudicial decorrente de decisão do Tribunal de Contas, ainda que em caráter excepcional -i.e., quando o sistema de legitimação ordinária de defesa do erário falha** (v. REsp 1.119.377/SP, Rel. Min. Humberto Martins, Primeira Seção, j. 26.8.2009).
> 4. No caso dos autos, o processo que levou à formação do título executivo é de 1996 e a presente execução foi ajuizada em 2002, o que faz concluir que está configurada a falha do representante e/ou do advogado público.
> 5. Embargos de declaração acolhidos, sem efeitos modificativos, apenas para esclarecer que o Ministério Público possui legitimidade ativa ad causam na espécie.

Diante do exposto, verifica-se que a Primeira Seção da Corte Superior pacificou o entendimento segundo o qual o Ministério Público tem legitimidade para promover execução de título executivo extrajudicial decorrente de decisão do Tribunal de Contas, sendo que esta decisão não é isolada.

No caso dos autos, o processo que levou à formação do título executivo é de 2002, fls. 31, e a Ação Civil Pública Executiva foi ajuizada em 2005, o que faz concluir que está configurada a falha do representante e/ou do advogado público.

Dessa feita, entendo pela existência de legitimidade ativa a*d causam* do Parquet para atuar, inclusive de ofício, em juízo nas demandas que vislumbram a responsabilização dos gestores face a apuração de irregularidades na gerência de verba públicas pelos Tribunais e Conselhos de Contas.

No tocante ao interesse processual verifico a ausência de adequação da via utilizada, uma vez que a "Ação Civil Pública Executiva" tem rito ordinário, logo não é o mesmo rito de uma ação de execução de título extrajudicial, por este motivo entendo caracterizada a carência de ação.

O entendimento doutrinário dominante em nosso ordenamento jurídico preleciona que o interesse de agir está intimamente ligado ao binômio necessidade/ adequação.

O interesse-necessidade decorre da vedação da autotutela. Dessa forma, para que se verifique a necessidade de se recorrer ao Estado-juiz para satisfazer uma pretensão, basta a impossibilidade do autor fazer valer seu interesse através do emprego

de meios próprios.

Já o interesse-adequação, por sua vez, é a utilização do método processual adequado à tutela jurisdicional almejada.

Discorrendo acerca das condições da ação, mais especificamente sobre o interesse de agir, leciona Theotonio Negrão:

> "O conceito de interesse processual (arts. 267, VI e 295 – caput -III) **é composto pelo binômio necessidade-adequação,** refletindo aquela a indispensabilidade do ingresso em juízo para a obtenção do bem da vida pretendido e **se consubstanciando esta na relação de pertinência entre a situação material que se tenciona alcançar e o meio processual utilizado para tanto**." (Negrão, Theotonio. Código de Processo Civil e Legislação Processual em vigor, Ed. Saraiva. 42 Edição. p. 102.).

Em virtude disso, inconteste afirmar que no presente caso, o rito adequado seria a Execução, motivo pelo qual incorreu em erro grosseiro o recorrente ao eleger a Ação Civil Pública, que possui tipicidade de processo de conhecimento, como meio para executar uma decisão com eficácia de título executivo. Portanto, acertada a extinção processual sem resolução de mérito por ser o promovente carecedor de interesse processual (art. 267, inciso VI do C.P.C.).

Não obstante, o próprio autor reconheceu em petitório recursal a incorreção quanto ao meio escolhido.

No mesmo sentido, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça entendeu pela impossibilidade de se executar a multa do Tribunal de Contas através de Ação Civil Pública:

> REsp 276306 / SP; PROCESSO Nº 1011-38.2005.8.06.0134/1; PROCESSO Nº 1011-38.2005.8.06.0134/; RECURSO ESPECIAL; 2000/0090624-7; Rel. Ministro FRANCISCO PEÇANHA MARTINS; T2 - SEGUNDA TURMA; Data do Julgamento: 09/12/2003; DJ 28/06/2004 p. 218 PROCESSO CIVIL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. TIPICIDADE DE PROCESSO DE CONHECIMENTO. EXECUÇÃO DE DECISÃO DO TCU. IMPOSSIBILIDADE. DEVOLUÇÃO DO PROCESSO AO PRIMEIRO GRAU. AUSÊNCIA DE GRAVAME AOS RECORRENTES. FALTA DE INTERESSE EM RECORRER.
>
> 1. Embora a decisão do Tribunal de Contas da União, resultando em imputação de débito e multa tenha eficácia de título executivo, **não pode ser executada através da ação civil pública, típica de conhecimento que, julgada procedente, comportaria sua execução posterior.**
>
> 2. O acórdão impugnado limitou-se a determinar o retorno dos autos à primeira instância para que julgue o mérito da ação incidental de embargos à execução, sem causar gravame aos recorrentes que, por isso, carecem do interesse de recorrer.
>
> 3. Recurso especial não conhecido.

Em razão disso, não há como admitir a via processual eleita, pois não se aplica ao caso o princípio da fungibilidade.

Importante se faz destacar que houve um equívoco na parte dispositiva do julgado, porquanto apesar do Juízo a quo ter extinto o processo sem resolução do mérito, com base no artigo 267, incisos IV e VI do Código de Processo Civil, verifico que o caso em espécie cuida de carência da ação por falta de interesse de agir no tocante a adequação da via eleita para executar a multa, tendo, portando o Magistrado incorrido em erro ao acolher a ausência de legitimidade do Ministério Público.

Assim, a demanda deveria ter sido extinta com amparo **tão somente no inciso VI do artigo 267 do aludido Código.**

ISTO POSTO, conheço do apelo, porquanto satisfeitas as exigências legais, mas para **NEGAR-LHE PROVIMENTO**, ao tempo que se extingue o feito de ofício pela inadequação da via eleita. Sentença modificada em seus fundamentos.

É como voto.

Fortaleza, 21 de setembro de 2011.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 26162-80.2006.8.06.0001/1
ORIGEM: 26ª VARA CÍVEL DA COMARCA DE FORTALEZA
APELANTE: SUL AMÉRICA SEGUROS DE VIDA E PREVIDÊNCIA S/A.
APELADO: JOSÉ DOS SANTOS CACAU.
RELATORA: DESA. MARIA NAILDE PINHEIRO NOGUEIRA

EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO ORDINÁRIA DE OBRIGAÇÃO DE FAZER – SEGURO DE VIDA – RENOVAÇÃO AUTOMÁTICA E SUCESSIVA - PROPOSTAS DE AJUSTES EXTREMAMENTE ONEROSAS AO SEGURADO – INCONGRUÊNCIA DA ALTERAÇÃO UNILATERAL – CONFIGURAÇÃO DE PRÁTICA ABUSIVA – INOBSERVÂNCIA AOS PRINCÍPIOS DA BOA-FÉ, LEALDADE E FUNÇÃO SOCIAL DO CONTRATO – MANUTENÇÃO DO CONTRATO NAS MESMAS BASES ORIGINÁRIAS – PRECEDENTES DESTA CORTE - SENTENÇA CONFIRMADA – APELAÇÃO CONHECIDA, MAS DESPROVIDA. 1. No presente caso, o autor recebeu correspondência da Seguradora comunicando o início do Programa de Readequação da Carteira de Seguros de Pessoas, informando ao segurado que o mesmo teria que optar por uma das três opções ofertadas, bem mais onerosas diga-se de passagem, sob pena de extinção do contrato. **2.** Ainda que o aumento do prêmio se deva à alteração da faixa etária do segurado, com fulcro na alegação de desequilíbrio técnico atuarial da carteira de seguros, mas desprovida de qualquer prova a respeito da inviabilidade do contrato nos moldes atuais, tal fato revela-se secundário frente aos princípios da função social do contrato e da dignidade humana. As alterações unilaterais pretendidas pela seguradora entremostram-se abusivas e contrárias ao princípio da boa-fé objetiva. **3.** Constata-se, *in casu,* a ocorrência da denominada Teoria do Contrato Cativo de Longa Duração, onde a seguradora, ao celebrar contrato, veicula unilateralmente, como é característico nos contratos de adesão, cláusula que lhe permite continuar prorrogando automática e indefinidamente a pactuação, gerando no segurado, a partir de então, expectativa de que caso aconteça quaisquer dos eventos cobertos pela apólice, estará assegurado dos prejuízos

> decorrentes, pois jamais teve que manifestar formalmente interesse em continuar com o seguro. **4.** Imperiosa, portanto, a confirmação da sentença recorrida que entendeu pela continuidade do seguro de vida vigente, com a manutenção das coberturas securitárias, nos mesmos termos pactuados originariamente. **5.** Apelação conhecida, mas desprovida.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de apelação cível de Fortaleza nº **26162-80.2006.8.06.0001/1**, em que são partes as acima indicadas, acorda a Turma Julgadora da Segunda Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, à unanimidade de votos, em conhecer do recurso, mas para negar-lhe provimento, nos termos do voto da Relatora.

Relatório às fls.

VOTO

Trata-se de recurso de Apelação Cível interposta com desiderato de ver reformada a sentença proferida nos autos da ação de obrigação de fazer.

Registre-se que a presente demanda tem por origem a realização de contrato de seguro de vida, entabulado entre a SUL AMÉRICA SEGUROS DE VIDA E PREVIDÊNCIA S/A e JOSÉ DOS SANTOS CACAU em 04/07/1979.

Compulsando o caderno processual infere-se que não assiste razão ao apelante, devendo permanecer incólume a sentença que julgou procedente a demanda, mantendo o contrato original celebrado entre as partes.

Inicialmente, impende destacar que a atividade securitária está abrangida pelo Código de Proteção e Defesa do Consumidor, em face do art. 3º, § 2º, sendo imperioso inverter-se o ônus da prova, a teor do art. 6º, VIII, da Lei nº 8.078/90.

O art. 51, XV, do CDC diz serem abusivas as cláusulas que "estejam em desacordo com o sistema de proteção do consumidor", dentro do qual se insere o princípio da boa-fé. Tal princípio é basilar de toda a conduta contratual que traz a ideia de cooperação, respeito e fidelidade nas relações contratuais. Deve, portanto, prevalecer desde a formação inicial da relação de consumo.

Estabelece, ainda, o art. 51, incs. IV e XV, da Lei nº 8.078/90:

> Art. 51. São nulas de pleno direito, entre outras, as cláusulas contratuais relativas ao fornecimento de produtos e serviços que:
> IV – estabeleçam obrigações consideradas iníquas, abusivas, que coloquem o consumidor em desvantagem exagerada, ou sejam incompatíveis com a boa-fé ou a equidade;

XV – estejam em desacordo com o sistema de proteção ao consumidor;

No presente caso, o autor recebeu correspondência da ora recorrente comunicando o início do Programa de Readequação da Carteira de Seguros de Pessoas, informando ao segurado que o mesmo teria que optar por uma das três opções ofertadas, bem mais mais onerosas diga-se de passagem, sob pena de extinção do contrato.

Ora, continuando a apólice a cobrir os mesmos riscos, inexistindo, por outro lado, qualquer alteração quanto à natureza de tais riscos e nem modificação significativa, apenas pode referir-se à alteração de faixa etária do segurado, já que encontra-se em idade mais avançada, aumentando o risco de incidência dos eventos danosos previstos no contrato.

Ocorre que mencionada circunstância não é um fator surpresa, sendo decorrência natural da vida e, assim, também prevista no momento em que efetuados os cálculos atuariais da seguradora, quando da fixação do valor do prêmio. Desse modo, utilizar-se desse argumento para justificar a não renovação do seguro de vida em grupo que já vem sendo renovado há mais de duas décadas, beira à má-fé.

Por outro lado, constata-se, *in casu,* a ocorrência da denominada Teoria do Contrato Cativo de Longa Duração, onde a seguradora, ao celebrar contrato, veicula unilateralmente, como é característico nos contratos de adesão, cláusula que lhe permite continuar prorrogando automática e indefinidamente a pactuação, gerando no segurado, a partir de então, expectativa de que caso aconteça quaisquer dos eventos cobertos pela apólice, estará assegurado dos prejuízos decorrentes, pois jamais teve que manifestar formalmente interesse em continuar com o seguro.

Na realidade, o que se observa é a intenção da Seguradora em modificar unilateralmente o contrato original, aumentando o valor do prêmio, sem a necessária contraprestação equivalente, caracterizando ofensa ao princípio da boa-fé previsto no CDC.

Logo, não ocorrendo fatores não previsíveis no momento da contratação, capazes de modificar de modo significativo o equilíbrio contratual, o contrato em exame não deverá ser rescindido unilateralmente pela seguradora, eis que de trato sucessivo, pressupondo continuidade no tempo e, ainda, por permanecerem inalteradas as condições iniciais.

Diante de tais argumentos, não me parece razoável que possa ser rescindido o contrato em questão, ainda mais agora que o segurado encontra-se em idade avançada, tornando-se muito mais difícil a contratação de um novo seguro.

Ademais, as opções oferecidas pela recorrente para a manutenção do contrato, intituladas de readequação, são nocivas para o segurado, colocando-o em situação de total instabilidade e sujeitando-o a uma onerosidade excessiva, o que não lhe interessa.

Nessa senda, o aumento do prêmio de acordo com a faixa etária, com fulcro na alegação de desequilíbrio técnico atuarial da carteira de seguros, mas desprovida

de qualquer prova a respeito da inviabilidade do contrato nos moldes atuais, revela-se secundária frente aos princípios da função social do contrato e da dignidade humana.

A moderna legislação, nela incluída o Código Civil, visa à proteção das relações sociais em detrimento da autonomia da vontade individual, não obstante a relevância desta.

Assim dispõe o art. 421 do Código Civil vigente, *verbis*:

> "A liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato".

Desse modo, plenamente justificável o interesse do segurado na manutenção do seu contrato de seguro nas bases originárias, tendo em vista que as alterações unilaterais pretendidas pela seguradora, entremostram-se abusivas e contrárias aos princípios da boa-fé objetiva e da função social do contrato. Há de ressaltar que a comunicação tempestiva da mudança de parte substancial da avença não afasta a abusividade da alteração, bastando a imposição desta para restar caracterizado o abuso, bem como a violação dos princípios já mencionados.

Não é outro o entendimento perfilhado por essa Corte de Justiça:

> CIVIL. CONTRATO. SEGURO DE VIDA. PACTO CATIVO DE LONGA DURAÇÃO. RESCISÃO UNILATERAL. INCIDÊNCIA DAS NORMAS DO CDC. AUSÊNCIA DOS REQUISITOS AUTORIZADORES DE SUA CONCESSÃO. 1. O contrato de seguro em discussão vem se configurando como uma avença cativa, de longa duração, haja vista o seu intuito principal e a sua renovação há mais de vinte anos. 2. Considera-se leonina cláusula de contrato de seguro que permite a rescisão unilateral pela Seguradora, sem a participação do segurado. 3. O advento do termo anual de prorrogação do contrato de seguro, acompanhado de negativa de renovação pela seguradora e oferta de novo contrato, prevendo cláusulas mais onerosas, constitui prática que camufla a ilegalidade de modificar a essência do contrato substituído, sem a aquiescência dos segundos. Recurso não-provido. (Apelação Cível 3838395200680600011, Des. José Arísio Lopes da Costa, 3ª Câmara Cível, julgado em 03/11/2008)

> AGRAVO DE INSTRUMENTO. DIREITO SECURITÁRIO E DO CONSUMIDOR. AÇÃO DECLARATÓRIA COM PEDIDO DE LIMINAR. ANTECIPAÇÃO DE TUTELA. CONTRATO DE SEGURO DE VIDA. RECUSA DA SEGURADORA À RENOVAÇÃO DA AVENÇA CONTRATADA HÁ MAIS DE VINTE ANOS SOB O ARGUMENTO DE DESEQUILÍBRIO ATUARIAL E RISCO DE LESÃO GRAVE EM ABSTRATO. NEGATIVA DE RENOVAÇÃO DO CONTRATO FUNDADA NO AUMENTO DOS RISCOS EM VIRTUDE DA IDADE DO SEGURADO. TEORIA DO CONTRATO CATIVO DE LONGA DURAÇÃO. RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO. 1. Nada obstante instruído o agravo de instrumento com estudos e pareceres de juristas de nomeada, a demonstrar os fundamentos e a natureza jurídica

> do contrato de seguro e da necessidade de adequação do fundo comum às metas atuariais, o proclamado risco de lesão grave e de difícil reparação não se circunscreve a uma situação abstrata, mas deve repercutir concretamente no caso em análise, de modo que, levadas em consideração as regras legais a que se submetem o prestador do serviço (fornecedor) e o consumidor, estas hão de prevalecer na hipótese de o segurado, em razão de sua idade (68 anos), achar-se em absoluto desamparo, em desvantagem exagerada diante das novas regras instituídas pela Seguradora sob o argumento de "readequação de carteira" de clientes e estabelecimento de uma "tabela de variação por faixa etária". 2. Não há de prevalecer a prática ilegal consistente em, após o agravado cumprir com suas obrigações, ao longo de mais de vinte anos, vir a agravante, ao ensejo de aumento do risco em virtude de sua idade, impor-lhe a renovação do negócio sob condições claramente desvantajosas, de modo a surpreender-lhe a justa expectativa da continuidade regular do contrato. Aplicação, à espécie, da teoria do contrato cativo de longa duração, a fim de se resguardar a boa-fé e os princípios da equidade e dignidade da pessoa humana. 3. Recurso conhecido e desprovido. (AI 2682532200680600000, Des. Fernando Luiz Ximenes Rocha, 1ª Câmara Cível, data de registro 24/01/2011)

> APELAÇÃO CÍVEL. CONSUMIDOR. SEGURO DE VIDA. CANCELAMENTO □UNILATERAL E IMOTIVADO. VIOLAÇÃO À BOA-FÉ OBJETIVA. COMPORTAMENTO ABUSIVO. 1. O objetivo principal do seguro é a cobertura do risco contratado, ou seja, o evento futuro e incerto que poderá gerar o dever de indenizar por parte do segurador, devendo prevalecer o elemento essencial do contrato sob a visão do princípio da boa-fé, nos termos do artigo 422 e 423 do Código Civil. 2. O seguro constitui pacto de trato sucessivo, o que justifica legítima expectativa de continuidade de relação jurídica cativa. 3. Revela-se abusivo o cancelamento unilateral de contrato - mantido durante anos - por pessoa atualmente idosa, tendo em vista a incidência do artigo 51, incisos IV e XV do CDC. Precedentes. 4. Recurso não provido. (Apelação Cível 594550200580600011, Des. Lincoln Tavares Dantas, 4ª Câmara Cível, data de registro: 11/04/2011)

Nesse sentido, tem decidido o Egrégio Superior Tribunal de Justiça:

> AGRAVO REGIMENTAL. CONTRATO DE SEGURO DE VIDA, RENOVADO ININTERRUPTAMENTE POR DIVERSOS ANOS. MANUTENÇÃO DO CONTRATO DE SEGURO NOS TERMOS ORIGINALMENTE PREVISTOS. RESSALVA DA POSSIBILIDADE DE MODIFICAÇÃO DO CONTRATO, PELA SEGURADORA, MEDIANTE A APRESENTAÇÃO PRÉVIA DE EXTENSO CRONOGRAMA, NO QUAL OS AUMENTOS SÃO APRESENTADOS DE MANEIRA SUAVE E ESCALONADA.
> 1.- Se o consumidor contratou, ainda jovem, o seguro de vida oferecido pela recorrida e se esse vínculo vem se renovando desde então, ano a ano, por mais de vinte e seis anos, a pretensão da seguradora de modificar abruptamente as condições do seguro, não renovando o ajuste anterior,

> ofende os princípios da boa fé objetiva, da cooperação, da confiança e da lealdade que deve orientar a interpretação dos contratos que regulam relações de consumo.
> 2.- Constatado prejuízos pela seguradora e identificada a necessidade de modificação da carteira de seguros em decorrência de novo cálculo atuarial, compete a ela ver o consumidor como um colaborador, um parceiro que a tem acompanhado ao longo dos anos. Assim, os aumentos necessários para o reequilíbrio da carteira têm de ser estabelecidos de maneira suave e gradual, mediante um cronograma extenso, do qual o segurado tem de ser cientificado previamente. Com isso, a seguradora colabora com o particular, dando-lhe a oportunidade de se preparar para os novos custos que onerarão, ao longo do tempo, o seu seguro de vida, e o particular também colabora com a seguradora, aumentando sua participação e mitigando os prejuízos constatados.
> 3.- Agravo Regimental improvido. (AgRg no Resp 1248457/MG, Min. Sidnei Beneti, TERCEIRA TURMA, julgado em 15/09/2011)

De conseguinte, não merece reproche a sentença recorrida, que entendeu pela continuidade do seguro de vida vigente, com a manutenção das coberturas securitárias, nos mesmos termos pactuados anteriormente.

Diante de todo o exposto, conheço do recurso de apelação, mas para negar-lhe provimento.

Fortaleza, 15 de fevereiro de 2012.

Processo n°.: 29238-23.2003.8.06.0000/0. META-2 (CNJ)
Classe: Apelação Cível e Reexame necessário.
Apelantes: ETTUSA – Empresa de Transporte Urbano S/A e outros.
Apelado: Maria do Socorro Moura Cavalcante e COOPERMISSION – Cooperativa dos Permissionários, Motoristas, Fiscais e Cobradores.
Relator: Desembargador Francisco Sales Neto.
Órgão Julgador: 1ª Câmara Cível.

EMENTA:
DIREITO PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. APELAÇÕES CÍVEIS EM SEDE DE MANDADO DE SEGURANÇA. PRELIMINARES DE CARÊNCIA DE AÇÃO POR AUSÊNCIA DE PROVA PRÉ-CONSTITUÍDA E IMPOSSIBILIDADE DA SUBSTITUIÇÃO PROCESSUAL DE COOPERADO POR COOPERATIVA. REJEIÇÃO. PORTARIA N. 126/2001-ETTUSA DO MUNICÍPIO DE FORTALEZA A QUAL FIXOU AS NORMAS COMPLEMENTARES PARA EFEITOS DE PADRONIZAÇÃO DOS VEÍCULOS UTILIZADOS NO SERVIÇO DE TRANSPORTE URBANO ALTERNATIVO. EXORBITÂNCIA DOS LIMITES FIXADOS NA LEI MUNICIPAL N. 8.060/1997 E NO DECRETO MUNICIPAL N. 10.222/1997. VÍCIO DE ILEGALIDADE CONFIRMADO. MULTA POR DESCUMPRIMENTO DE DECISÃO LIMINAR. REDUÇÃO. VALOR DESPROPORCIONAL EM RELAÇÃO AO VALOR ECONÔMICO DA DEMANDA. SENTENÇA PARCIALMENTE REFORMADA.

1.Preliminar de carência de ação por ausência de prova pré-constituída. Pretensão mandamental que se fixa na apreciação da legalidade da própria disciplina administrativa do transporte público alternativo, não se tangenciando estabelecer se os veículos dos recorridos são ou não similares a kombis ou topics. Neste aspecto, avulta que a prova pré-constituída no *mandamus*, traduzida nas cópias das portarias impugnadas (fl. 91) e dos paradigmas legais invocados (fl. 85 e fls. 86/89), conjuntamente com os atos que culminaram na reprovação dos veículos dos recorridos em inspeção junto ao DETRAN-CE – materializando os ditames fixados na portaria – são suficientes para o dimensionamento da lesão do direito reputado líquido e certo pelos impetrantes/apelados, não se divisando matéria de fato que exija dilação probatória de qualquer ordem. **Preliminar rejeitada.**

2.Preliminar de impossibilidade da habilitação da Cooperativa apelada, na qualidade de litisconsorte necessária. Cuidando-se de interesses individuais homogêneos, cujos titulares são cooperados que sofreram prejuízos causados em razão da Portaria impugnada neste mandamus, tem a Cooperativa que os representa legitimidade ativa para propositura do mandado de segurança coletivo. O exercício de tal garantia decorre da transindividualidade do direito perseguido, circunstância que possibilita a legitimação extraordinária de uma entidade para defender interesse comum a todos os seus membros, na condição de substituta processual. Inteligência do art. 5º, inciso LXX, alínea "b", da Constituição da República. **Preliminar que se afasta.**

3.Da Portaria n. 126/2001-ETTUSA. Consoante se vê da redação da portaria impugnada no vertente *writ*, seu objetivo primacial é de evidente caráter regulamentador, materializado na especificação dos veículos a serem utilizados no transporte público complementar municipal. Referida diretriz, a meu ver, como bem asseverado na sentença *a quo*, destoa do conteúdo jurídico do princípio da legalidade, notadamente em sua acepção material, pela qual os regulamentos não podem violar os parâmetros fixados pela lei regulamentada, sob pena de vício de ilegalidade.

Decerto, ao fixar as exigências para frota de veículos do Sistema de Transporte Alternativo de Fortaleza, a Lei Municipal n. 8.060/1997 e o Decreto n. 10.222/1997 limitaram-se a fixar apenas o critério mínimo e máximo de passageiros sentados, não competindo ao administrador, em qualquer hipótese, inovar ou criar exigências diversas daquelas previstas na lei; tal comportamento, decerto, traduz exorbitância indevida do exercício das suas atribuições e dos próprios lindes definidos em lei, afrontando a legalidade em seu aspecto mais primário enquanto princípio norteador da administração pública. Sentença mantida no ponto.

4.Da multa decorrente do descumprimento de decisão liminar. É aconselhável a manutenção de inibitória arbitrada no intento de assegurar o cumprimento de decisão judicial. Todavia, atingindo a multa patamares elevados que não guardam relação com a função a que se destina, ou seja, seu caráter coercitivo, cujo objetivo foi alcançado ainda que tardiamente, como ocorreu no presente feito, esta deverá ser reduzida, a fim de readequar o resultado desta com as peculiaridades do caso concreto.

A quantia de R$ 2.116.000,00 (dois milhões e cento e dezesseis mil reais) fixada na sentença adversada é valor que extrapola os limites da razoabilidade, inclusive levando-se em consideração o conteúdo econômico do litígio, de maneira que sua manutenção configuraria enriquecimento indevido dos prejudicados. Inteligência do art. 461 do Código de Processo Civil. Redução do valor da multa para R$ 10.000,00 (dez mil reais). **Sentença parcialmente reformada no ponto.**

5.Recursos conhecidos. Provimento parcial do apelo manejado pela ETTUSA e desprovimento do recurso remanescente.

ACÓRDÃO.

Vistos, relatados e discutidos os autos das apelações cíveis manejadas por **ETTUSA – Empresa de Trânsito e Transporte Urbano S/A** e pelas empresas **Auto Viação Fortaleza LTDA,** e outras, nos autos do Processo o nº 27075-70.2003.8.06.0000/0, em que são apelados a Sra. **Maria do Socorro Moura Cavalcante** e **COOPERMISSION – Cooperativa dos Permissionários, Motoristas, Fiscais e Cobradores**, **ACORDAM** os Desembargadores da 1ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, por votação unânime, pelo **CONHECIMENTO** dos recursos apelatórios, mas para rejeitar as preliminares assacadas e, quanto mérito, **CONFERIR PARCIAL PROVIMENTO** à apelação manejada pela **ETTUSA - Empresa de Trânsito e Transporte Urbano S/A**, e **DESPROVER** o recurso remanescente, tudo

nos termos do voto do Relator.

VOTO.

1. SÍNTESE DA DEMANDA.

Cuidam-se do reexame necessário e das apelações cíveis interpostas por ETTUSA – Empresa de Trânsito e Transporte Urbano S/A e pelas empresas Auto Viação Fortaleza LTDA, Auto Viação São José LTDA, Edival Transportes LTDA, Empresa Nossa Senhora da Salete LTDA, Empresa Santa Maria LTDA, Empresa São Benedito LTDA, Maraponga Transporte LTDA, Autoviária Freitas LTDA, Transporte Pessoa LTDA, Viação Urbana LTDA, Viação Bons Amigos LTDA, Viação Siará Grande LTDA, ROTASOL Transportes Urbanos LTDA, ROTAEXPRESSA Transporte de Passageiros LTDA, Expresso Timbira LTDA, São Francisco Transporte e Turismo LTDA, Autoviação São Judas Tadeu LTDA, Viação Via Máxima LTDA e Autoviária São Vicente de Paulo LTDA, adversando sentença de fls. 529/544, que julgou procedente, em sede de *writ of mandamus*, o pedido de anulação da Portaria nº 126/2001-ETTUSA, com a determinação da admissão dos veículos modelo MARCOPOLO/VOLARE ao sistema de transporte alternativo de Fortaleza e a condenação da referida empresa pública apelante ao pagamento da importância de R$ 2.116.000,00 (dois milhões, cento e dezesseis mil reais) a título de multa decorrente do descumprimento do *decisum* liminar acostado às fls. 102/103 da instrução.

A v. sentença de fls. 529/544 pautou-se, em síntese, na incompatibilidade entre a portaria animadvertida na ação de segurança e as previsões plasmadas na Lei nº 8.060/97 e no Decreto nº 10.222/97, as quais, segundo a convicção manifestada pela magistrada *a quo*, estabeleceriam, como critério único para diferenciação dos veículos aptos à operacionalização do Sistema de Transporte Alternativo, a quantidade de passageiros sentados, daí porque padeceriam de ilegalidade as demais exigências previstas no ato administrativo assacado. Indo além, assentou a condenação pecuniária derivada do descumprimento da decisão liminar de fls. 102/103 na desídia da empresa pública apelante.

Insatisfeita, ingressou a **ETTUSA** com o recurso de fls. 553/563, sustentando o desacerto da decisão avergoada no que tange à fixação da punição pecuniária que lhe fora imposta em razão do descumprimento da decisão liminar lançada nos autos, adejando a impossibilidade da sua satisfação à época da prolação, haja vista que não possuía a relação dos veículos associados junto à cooperativa apelada, e sustentando a inaplicabilidade da regra prevista no art. 644 do CPC em face de entes públicos. Quanto à Portaria nº 126/2001, pugnou pela sua legalidade, suplicando, ao final, a reforma da r. decisão atacada.

Às fls. 572/605, as empresas **Auto Viação Fortaleza LTDA, Auto Viação São José LTDA,** e outras manejaram recurso de apelação, ocasião em que sustentaram,

preliminarmente, a ausência de prova pré-constituída comprobatória do direito líquido e certo porfiado pelas apeladas; a ilegitimidade da substituição processual entabulada pela **COOPERMISSION**; e a irregularidade da inclusão da **COOPERMISSION** na qualidade de litisconsorte ativa.

No mérito, sustentam que a Portaria nº 126/2001, a *contrario sensu* do escandido na sentença alvejada, guarda conformidade com os ditames entabulados na Lei nº 8.060/97 e no Decreto nº 10.222/97, sendo certo que referido ato administrativo, a exemplo da Portaria nº 087/2000, definiu que os veículos da marca MARCOPOLO/VOLARE não seriam similares aos utilitários do tipo KOMBI e TOPIC, mas se enquadrando na categoria de micro-ônibus, não podendo, portanto, participar do sistema municipal de transporte alternativo; nesse diapasão, arrimado em laudos periciais emitidos pelo Instituto de Criminalística da Secretaria de Segurança Pública e Defesa da Cidadania do Estado do Ceará, aduz a legalidade do ato invectivado no *mandamus,* suplicando, destarte, o provimento do recurso apelatório manejado.

Pela decisão adunada às fls. 568/570, o magistrado singular recebeu o apelo de fls. 553/563 apenas com efeito devolutivo.

Contrarrazões às fls. 712/728 e 759/775, pugnando pela confirmação integral da decisão alvejada.

Às fls. 823/830 repousa a manifestação do Órgão do *Parquet*, opinando pelo improvimento dos recursos pulsados, com a confirmação da sentença vergastada.

É o que importa relatar.

2. FUNDAMENTAÇÃO.

Recursos em ordem, neles não se descontinando vício formal capaz de obstar-lhes o conhecimento por esta Corte. Havendo, todavia, questões preliminares suscitadas em ambos os recursos, passo ao seu necessário exame, a fim de viabilizar o cotejo a respeito do mérito dos apelos interpostos.

2.1 Das preliminares suscitadas.

2.1.1 Carência de ação por ausência de prova pré-constituída.

Em suas razões recursais, Auto Viação Fortaleza LTDA e outras principiaram o vergaste da r. sentença *a quo* arguindo preliminar de carência de ação por ausência de prova pré-constituída do direito reputado líquido e certo no *mandamus* em destrame.

Na hipótese, questionam os apelantes que a pretensão esboçada no *mandamus,* referente à aquilatação da similaridade entre o micro-ônibus da marca MARCOPOLO/VOLARE e os veículos *topic* e *kombi* demandaria a produção de prova técnica incompatível com o rito processual da ação de segurança.

De princípio, cumpre-me destacar que o cerne do *remedium juris* em tablado subsiste no questionamento da legalidade da Portaria n. 126/2001, emanada da ETTUSA, a qual estabelece as normas de padronização dos veículos utilizados na exploração dos serviços de transporte público alternativo.

Na hipótese posta em tablado, os ora apelados, pela via mandamental, questionam a legalidade do ato normativo supramencionado, notadamente em face das diretrizes gerais estampadas na Lei Municipal n. 8.060/1997 e no Decreto n. 10.222/1997, as quais, segundo alegam, autorizariam a utilização de micro-ônibus da marca MARCOPOLO/VOLARE pelos permissionários de transporte público alternativo de Fortaleza, o que percutiria não apenas a ilegalidade das disposições da Portaria impugnada, mas dos próprios atos de vistoria que culminaram na reprovação dos veículos dos impetrantes/apelados submetidos à inspeção do DETRAN/CE.

Feita esta digressão, é certo que a pretensão mandamental não tangencia estabelecer se os veículos dos recorridos são ou não similares a *kombis* ou *topics*, à medida em que a pretensão mandamental se fixou na apreciação da legalidade da própria disciplina administrativa do transporte público alternativo.

Decerto, o mérito da demanda mandamental não se subsume à verificação de que os veículos de propriedade dos apelados guardam ou não compatibilidade com as diretrizes versejadas na referida portaria, mas, sim, se esta última guarda relação de validade em relação aos dispositivos legais municipais erigidos como paradigmas.

Neste aspecto, avulta que a prova pré-constituída no *mandamus*, traduzida nas cópias das portarias impugnadas (fl. 91) e dos paradigmas legais invocados (fl. 85 e fls. 86/89), conjuntamente com os atos que culminaram na reprovação dos veículos dos recorridos em inspeção junto ao DETRAN-CE – materializando os ditames fixados na portaria – é suficiente para o dimensionamento da lesão do direito reputado líquido e certo pelos impetrantes/apelados, não se divisando matéria de fato que exija dilação probatória de qualquer ordem.

Por essas razões é que afasto a preliminar suscitada, em vista da suficiência da prova pré-constituída produzida na espécie.

2.1.2 Impossibilidade da substituição processual de cooperado por Cooperativa.

Ainda em suas razões recursais, prosseguem as empresas de transporte público apelantes arguindo a impossibilidade da habilitação da Cooperativa dos Permissionários Motoristas Fiscais e Cobradores – COOPERMISSION, na qualidade de litisconsorte necessária, seja em face da inexistência de autorização expressa, por parte dos seus integrantes, legitimando a sua representação em processo judicial, seja em razão da ausência de lei específica regulando a defesa de interesses coletivos por cooperativa, em substituição processual.

A par do fundamento escandido, hei por bem dimensionar, a princípio, que

a integração do polo ativo original pela COOPERMISSION ocorreu antes da notificação do Diretor Presidente da ETTUSA, nos termos do despacho inicial de fls. 102/103 dos autos, o que admitiria a sua inclusão .

Pois bem, a meu viso, destaco que a controvérsia processual deve ser decidida à luz do que dispõe o Código de Defesa do Consumidor, em diapasão com a nova ordem constitucional (CF 1988 v.g., art. 5°, XXI, XXXII, LXX e LXXIII), na qualidade de microssistema processual de defesa das tutelas da coletividade.

De efeito, é extreme de dúvidas que o microssistema de tutela coletiva – representado em hodierno pelo Código de Defesa do Consumidor, pela Lei da Ação Civil Pública e pela Lei da Ação Popular – rompeu com a tradição da relação jurídica processual individualista, ampliando a possibilidade do processo civil coletivo no ordenamento jurídico brasileiro, de sorte a permitir a solução de conflitos envolvendo interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos.

Do inciso III do artigo 81 do Código de Defesa do Consumidor é possível caracterizar os interesses individuais homogêneos sempre que estivermos diante de membros determináveis da coletividade que tenham sido lesados pelo mesmo fato, ou, na dicção da própria norma, interesses que decorrem de uma origem comum, homogêneos, apresentados de maneira uniforme, possibilitando, destarte, a análise da pretensão coletiva sem inviabilizar o contraditório e a ampla defesa.

Na hipótese em destrame, observo que a ação de segurança tem por escopo a proteção de direito individual homogêneo, em razão que a Portaria impugnada neste *mandamus* projeta seus efeitos contra todos os integrantes da cooperativa substituta.

Calha observar que o art. 5º, inciso LXX, alínea *"b"*, da Constituição da República, autoriza a impetração do mandado de segurança coletivo por organização sindical, entidade de classe ou associação legalmente constituída e em funcionamento há pelo menos um ano, em defesa dos interesses de seus membros ou associados.

O exercício de tal garantia, a meu sentir, decorre da transindividualidade do direito perseguido, circunstância que possibilita a legitimação extraordinária de uma entidade para defender interesse comum a todos os seus membros, na condição de substituta processual. Referida transindividualidade, saliento, afasta a necessidade da autorização específica de cada substituído, porquanto assentada na própria natureza coletiva do direito suplicado.

Corroborando este raciocínio, faço menção ao seguinte aresto:

> "**DIREITOS E INTERESSES INDIVIDUAIS HOMOGÊNEOS - AÇÃO COLETIVA PROPOSTA POR COOPERATIVA - LEGITIMIDADE ATIVA RECONHECIDA - DEFEITO DO PRODUTO - FUNGICIDA CONTAMINADO - QUEBRA DE SAFR.4 - DANOS E NEXO CAUSAL DEMONSTRADOS - INDENIZAÇÃO DEVIDA** ***Cuidando-se de interesses individuais homogêneos, cujos titulares são cooperados que sofreram danos causados na produção de soja por defeito do produto, tem a Cooperativa que os representa legitimidade ativa para propositura***

> ***de ação coletiva de natureza indenizatória.*** Sendo verossímeis as alegações da autora sobre a existência de efeito do produto, é do fabricante o encargo probatório de sua inexistência, tratando-se de hipótese de inversão ope legis do ônus da prova. […].” (TJSP. Apelação Cível n. 1093509- 0/4. 30ª Câmara Cível. Rel. Des. ANDRADE NETO. J. Em 01.10.2008)

Afirmado nessas premissas é que, igualmente, afasto as preliminares suscitadas.

Enfrentadas as preliminares suscitadas, passo ao exame do mérito discutido na lide.

2.2. Do mérito recursal.

Compulsando as peças recursais, pondero que as apelações postas em tablado reportam-se a duas esferas distintas de impugnação da sentença sob censura, sendo uma respeitante à convicção firmada pela judicante planicial acerca da ilegalidade da Portaria n. 126/2001 e outra concernente à multa imposta à sociedade de economia mista recorrente, em face do descumprimento de decisão liminar. Doravante, passo a analisá-los separadamente:

2.2.1. Da apelação das empresas Auto Viação Fortaleza LTDA (fls. 572/605) – juízo acerca da Portaria n. 126/2001 – ETTUSA.

Consoante se vê do recurso manejado pela empresa Auto Viação Fortaleza LTDA e outras, o cerne meritório da sua irresignação gira em torno da discussão acerca da legalidade da Portaria n. 126/2001-ETTUSA, a qual fixou as normas complementares para efeitos de padronização dos veículos utilizados no serviço de transporte urbano complementar, em face do preconizado na Lei Municipal n. 80.60/1997 e do Decreto Municipal n. 10.222/1997.

Transcrevo, de plano, o que restou definido pela empresa responsável pela gestão do transporte público urbano da capital no ato assacado neste *mandamus:*

> “[...] Art. 1º – Os veículos utilizados no Serviço de Transporte Público Alternativo no Município de Fortaleza na Modalidade Lotação deverão atender às seguintes características técnicas: I) Comprimento mínimo: 1.500mm; II) Comprimento máximo: 5.800mm; III) Potência mínima do motor: 55 cv; IV) Potência máxima do motor: 120cv; V) Peso bruto total mínimo: 2.000kg; VI) Peso bruto total máximo: 3.600kg; VII) Distância mínima máxima entre eixos: 2.400mm; VIII) Distância máxima entre eixos: 3.550mm; IX) Altura interna mínima: 1.420mm; X) Altura interna máxima: 1.682mm; XI) Número mínimo de Portas: 3 unid.; XII) Capacidade mínima do veículo (incluindo motorista e cobrador): 8 passageiros: Capacidade máxima do veículo (incluindo motorista e cobrador): 16 passageiros; XIV) Quantidade de pneus: 4 unidades; XV) Rodas: 14” ou 15”; XVI)

> Transmissão: mecânica, semi-automática ou automática; XVII) Direção: mecânica ou hidráulica; XVIII) Suspensão: molas com amortecedores e barras estabilizadoras. Art. 2º – Fica proibida a alteração das características dos veículos já cadastrados e vistoriados pela ETTUSA, salvo quando autorizada expressamente pelo Diretor Presidente da ETTUSA. Art. 3º – Esta Portaria entra em vigor na data da sua publicação, revogadas as disposições em contrário. […]"

A sentença sob censura, ponderando acerca do mérito da *quaestio iuris,* fixou, em suma, que as portarias, enquanto instrumentos jurídicos de normatização, não se afiguram hábeis à regulamentação do tipo de veículo a ser utilizado no serviço de transporte público complementar, porquanto não disponham do condão de atingir nem obrigar particulares.

Nesse diapasão, advertiu que a legislação de regência do transporte público municipal já estabelece as exigências para a operacionalização dos veículos que venham a compor a frota do sistema, a qual se fixa, unicamente, na sua capacidade de passageiros. Concluiu que a portaria impugnada carece de fundamento legal, para declarar sua inexistência.

De efeito, consoante se vê da redação da portaria impugnada no vertente *mandamus,* seu objetivo primacial é de evidente caráter regulamentador, materializado na especificação dos veículos a serem utilizados no transporte público complementar municipal.

Referida diretriz, a meu ver, como bem asseverado na sentença *a quo*, destoa do conteúdo jurídico do princípio da legalidade, notadamente em sua acepção material, pela qual os regulamentos não podem violar os parâmetros fixados pela lei regulamentada, sob pena de vício de ilegalidade.

Decerto, ao fixar as exigências para frota de veículos do Sistema de Transporte Alternativo de Fortaleza, a Lei Municipal n. 8.060/1997 limitou-se a fixar apenas o critério mínimo e máximo de passageiros sentados; é o que se vê dos arts. 6º do referido diploma legal:

> "Art. 6º - São exigências para frota de veículos que irá operacionalizar o Sistema de Transporte Alternativo do Município de Fortaleza:
> I – ter capacidade de lotação de no mínimo de 08(oito) passageiros sentados e no máximo 16(dezesseis) sentados;"

No mesmo compasso, e já especificando a aplicação da lei supracitada, o Decreto Municipal n. 10.222/1997 assim preconiza:

> Art. 7º - As características dos veículos a serem usados no Sistema de Transporte Público Alternativo do Município de Fortaleza estão descritas no Anexo II, constante deste Regulamento.
> Art. 8º - Os veículos em operação do Sistema de Transporte Público

> Alternativo serão registrados na ETTUSA.
> Parágrafo único – Os veículos registrados estão obrigados a recolher a Taxa de Vistoria e Controle Operacional, de acordo com o que preceitua a Lei 6774, de 12 de dezembro de 1990.
> Art. 9º - A capacidade de passageiros sentados nos veículos poderá variar de 8 até 16 pessoas, incluindo motorista e cobrador, conforme especificado no Certificado de Registro de Veículo – CRV.

Fácil é perceber, pela redação atribuída às normas suso transcritas, que o padrão de diferenciação erigido tando pelo legislador municipal quanto pelo Chefe do Executivo fundeia-se exclusivamente no discrímen pertinente à capacidade de passageiros dos veículos utilizados no transporte alternativo.

Destarte, não compete ao administrador, em qualquer hipótese, inovar ou criar exigências diversas daquelas previstas na lei; tal comportamento, decerto, traduz exorbitância indevida do exercício das suas atribuições e dos próprios lindes definidos em lei, afrontando a legalidade em seu aspecto mais primário enquanto princípio norteador da administração pública.

Há que ser tangenciado, nesta pisada, que à ETTUSA somente foi conferido poder regulador precisamente no que se reporta à padronização e à identificação dos veículos – não no que toca aos seus caracteres mecânicos, tal como se vê da Portaria objeto de impugnação no *writ*; é o que se colhe da redação do art. 10 do Decreto nuper-indigitado, que assim estabelece:

> "Art. 10 - Os veículos serão padronizados no tocante à forma de identificação, de acordo com o Anexo II, constante deste Decreto, e normas complementares expedidas pela ETTUSA.
> § 1º - Os veículos serão numerados, por linha, 02(dois números), e, por permissão, 03 (três números).
> § 2º - Faixa pintada na cor padrão do Serviço de Transporte Público Alternativo.
> § 3º - Identificação de itinerários, tarifa, ponto final e inicial, capacidade do veículo e números de registro do condutor e cobrador."

Cumpre atentar, ainda nesta pontuação, que o poder regulamentar, enquanto **"[a]to geral e (de regra) abstrato, de competência privativa do Chefe do Poder Executivo, expedido com a estrita finalidade de produzir as disposições operacionais uniformizadoras necessárias à execução de lei cuja aplicação demande atuação da Administração Pública"**[1], não tem o condão de inovar na ordem jurídica nem de criar direitos e obrigações, somente repercutindo de forma derivada e subordinada, sem autonomia de lei. Neste sentido, escólio do mestre administrativista Oswaldo Bandeira de Mello, quando afirma que:

1 **MELLO,** Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 311.

> "[...] Não cabe aos regulamentos, por iniciativa própria e sem texto legal, prescrever penas, seja qual for a espécie; estabelecer restrições à igualdade, à liberdade e à propriedade ou alterações ao estado das pessoas, prever tributos ou encargos de qualquer natureza, que repercutam sobre o patrimônio das pessoas de direito; dar organização administrativa às repartições governamentais, através da criação de cargos e prescrição de novas competências"[2]

Pelo exposto, reputo por evidente a invalidade da Portaria n. 126/2001, devendo-se manter o comando sentencial neste ponto.

2.2.2. Da apelação da ETTUSA (fls. 553/563) – impugnação da multa decorrente do descumprimento de decisão liminar.

Do que se apreende da apelação manejada pela ETTUSA às fls. 555/563, a sociedade de economia mista recorrente impugna a condenação fixada na sentença a quo, decorrente do descumprimento da decisão liminar de fls. 102/103 dos autos, na qual restou determinado que a apelante procedesse ao licenciamento e emplacamento dos veículos de propriedade dos apelados, sob pena do pagamento de multa diária no valor de R$ 1.000,00 (hum mil reais).

Eis a porção do comando sentencial que fixou a multa adargada:

> "Determino, ainda, o pagamento da multa estipulada na liminar, de fls. 102/103, no período compreendido entre 12/12/2001 – (dia em que foi juntada cópia do mandado de notificação e cumprimento de liminar, à fl. 119) – 13/03/2002 – (dia em que foi cumprida a ordem liminar certificada pelos laudos de vistoria colacionados às fls. 566/579). Resta salientar que o valor da multa se obtém da multiplicação do número de dias de atraso no descumprimento da liminar (noventa e dois dias) vezes o número de impetrantes prejudicados (vinte e três), a teor do pedido de fls. 56, o qual inteiramente acolhido pela liminar retro citada, vezes o valor estipulado por multa-dia (R$ 1.000,00), a saber R$ 2.116.000,00 (dois milhões e cento e dezesseis mil reais). Pagamento este que será executado segundo as regras da execução por quantia certa, devendo ser rateado em partes iguais entre os vinte e três prejudicados."

Na hipótese, aduz a sociedade de economia pública em seu prol a impossibilidade material do cumprimento da ordem judicial à época da prolação do *decisum*, argumentando, ainda, inexistir o desatendimento da ordem judicial emanada do juízo singular, em vista de que esta Egrégia Corte de Justiça suspendeu a liminar

2 **MELLO,** Oswaldo Aranha Bandeira de. *Princípios Gerais de Direito Administrativo*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1979, p. 360. v. I.

concedida, em sede de agravo de instrumento, até o julgamento deste último em fevereiro de 2002, com o seu desprovimento; neste diapasão, assevera que cumpriu integralmente a decisão liminar em 13 de março daquele ano.

Por fim, assesta que, porquanto cuidar-se de ente público, não se submete ao regramento do art. 644 do Código de Processo Civil.

No caso concreto, parece-me aconselhável manter o arbitramento de multa inibitória, de modo a assegurar o cumprimento da decisão. Todavia, penso que o pagamento de multa no valor de R$ 2.116.000,00 (dois milhões e cento e dezesseis mil reais) mostra-se exorbitante, sendo conveniente ressaltar que, embora a multa tenha por objetivo compelir o devedor ao cumprimento da determinação judicial, e mesmo que esta tenha sido reiteradamente desatendida, o seu caráter não é punitivo ou ressarcitório.

Assim, atingindo a multa patamares elevados que não guardam relação com a função a que se destina, ou seja, seu caráter coercitivo, cujo objetivo foi alcançado ainda que tardiamente, como ocorreu no presente feito, esta deverá ser reduzida, a fim de readequar o resultado desta com as peculiaridades do caso concreto.

In casu, a supracitada quantia alcança valor que extrapola os limites da razoabilidade, inclusive, levando-se em consideração o conteúdo econômico do litígio, de maneira que a manutenção do valor fixado na sentença alvejada configuraria enriquecimento indevido dos prejudicados.

Nesse norte, o art. 461 do CPC, em seu parágrafo 6º, autoriza a redução do valor da multa de ofício pelo juiz, desde que se afigure excessivo:

> Art. 461. Na ação que tenha por objeto o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer, o juiz concederá a tutela específica da obrigação, ou, se procedente o pedido, determinará providências que assegurem o resultado prático equivalente ao do adimplemento.
> […]
> §6º. O juiz poderá, de ofício, modificar o valor ou a periodicidade da multa, caso verifique que se tornou insuficiente ou excessiva.

Dessa forma, mostra-se excessivo e desproporcional o montante atingido pelas *astreintes* em relação ao valor econômico da demanda, tendo em vista que a multa não pode implicar em ganho desmesurado por parte do beneficiário, o que importaria em enriquecimento sem causa e em verdadeira punição para a empresa apelante, pelo que se impõe a sua redução para o patamar de R$ 10.000,00 (dez mil reais).

É oportuno reiterar que a pena cominatória em questão pode ser revista a qualquer tempo ou grau de jurisdição, mesmo de ofício, à luz do disposto no nuper-aludido art. 461, § 6º, do CPC, inexistindo direito subjetivo ao valor consignado nesta, cuja parametrização tem por base o princípio da razoabilidade, devendo o seu *quantum* ser adequado ao caso concreto.

Aliás, nesse sentido são os arestos trazidos à colação a seguir:

> "EMBARGOS DO DEVEDOR. EXECUÇÃO DE ASTREINTE COMINADA NO DEFERIMENTO DE PEDIDO LIMINAR. MORA QUANTO AO CUMPRIMENTO DA DECISÃO INCONTROVERSA. INSURGÊNCIA APENAS QUANTO AO VALOR FINAL. REVELANDO-SE EXACERBADO O VALOR DA MULTA, IMPÕE-SE SUA REDUÇÃO COM BASE NA RAZOABILIDADE, CONSIDERANDO-SE A FINALIDADE DA PENA, E NOS ARTIGOS 645, PARÁGRAFO ÚNICO, E 461, § 6º, CPC. RECURSO PROVIDO PARA REDUZIR O VALOR DA EXECUÇÃO." (Recurso Cível Nº. 71001330869, Terceira Turma Recursal Cível, Turmas Recursais, Relator: Maria José Schmitt Santanna, Julgado em 27/11/2007).

> "APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE EXIBIÇÃO DE DOCUMENTOS. IMPOSIÇÃO DE ASTREINTE. POSSIBILIDADE. REDUÇÃO DO QUANTUM POR EXCESSIVO. PROPORCIONALIDADE E RAZOABILIDADE. APLICAÇÃO DO ART. 461, § 6º DO CPC. VIABILIDADE NO CASO CONCRETO. A penalidade imposta pelo Douto Magistrado afigura-se totalmente desproporcional à condenação para que a apelante exiba o contrato telefônico, possibilitando a redução da astreinte, em consonância com o art. 461, §6º, do CPC, e os princípios da proporcionalidade e razoabilidade. POR UNANIMIDADE, DERAM PROVIMENTO AO APELO." (Apelação Cível Nº. 70020273371, Décima Quinta Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Angelo Maraninchi Giannakos, Julgado em 21/11/2007).

Ante o exposto, **dou parcial provimento à apelação cível** de fls. 553/563 para, reformando a decisão de fl. 309, reduzir o valor da multa imposta para R$ 10.000,00 (dez mil reais), que deverá ser rateada na forma estipulada na sentença *a quo*.

3. DISPOSITIVO.

Firme nestas ponderações é que rejeito as preliminares suscitadas pelos apelantes para:

CONHECER da apelação pulsada às fls. 553/563 e, no mérito, CONFERIR-LHE PARCIAL PROVIMENTO, reduzindo a multa fixada na sentença a quo para o patamar de R$ 10.000,00 (dez mil reais).

CONHECER da apelação de fls. 572/605 e, no mérito, NEGAR-LHE PROVIMENTO, mantendo a sentença adversada no que se reporta à apreciação da Portaria n. 126/2001.

É como voto.

Fortaleza/CE, 4 de abril de 2011.

PROCESSO Nº: 31235-07.2004.8.06.0000/0
TIPO: APELAÇÃO CÍVEL
COMARCA: FORTALEZA
APELANTE: BV FINANCEIRA S/A - CRÉDITO, FINANCIAMENTO E INVESTIMENTO
APELADO: JOSÉ WALDER SALES
RELATOR: DESEMBARGADOR FRANCISCO AURICÉLIO PONTES

EMENTA: AÇÃO REVISIONAL DE CLÁUSULAS CONTRATUAIS. APLICAM-SE ÀS REGRAS CONTIDAS NO CDC AOS CONTRATOS BANCÁRIOS, SALVO NA HIPÓTESE DE APRECIAÇÃO, DE OFÍCIO, PELO JULGADOR ORDINÁRIO (STJ - RESP 1.061.530/RS). AVENÇA FIRMADA APÓS A EDIÇÃO DA MP DE Nº 1.963-17/00. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 121 DO STF. CONSIDERA-SE, AINDA, INVÁLIDA A COBRANÇA DE COMISSÃO DE PERMANÊNCIA COM OUTROS ENCARGOS INCIDENTES SOBRE O INADIMPLEMENTO. PRECEDENTES DO STJ.

1 - Em conformidade com a jurisprudência firmada no Superior Tribunal de Justiça (Súmula nº 297), aplica-se, em regra, o CDC às instituições financeiras, não, podendo, todavia, os magistrados das instâncias ordinárias, declarar, de ofício, a abusividade das cláusulas contratuais.

2 - No caso, o magistrado "a quo" alterou o índice de correção monetária sem qualquer pedido proveniente da parte interessada, circunstância vedada diante do julgamento do Recurso Especial de nº 1.061.530/RS

3 - Aos contratos bancários firmados em data posterior à vigência da Medida Provisória de nº 1.963-17/00, é de se reconhecer a impossibilidade de capitalização de juros, quando ausente cláusula expressa neste sentido.

4 - Torna-se indevida a cobrança de comissão de permanência quando já estipulados no contrato outros encargos para reparar eventual inadimplemento.

5 - Recurso conhecido e parcialmente provido apenas para afastar a abusividade declarada de ofício, permanecendo intacta a sentença, em seus demais capítulos.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de apelação cível de nº 31235-07.2004.8.06.0000/0 da Comarca de Fortaleza, em que são partes as retro indicadas.

ACORDAM os membros integrantes da 2ª Câmara Cível deste Tribunal de Justiça, por unanimidade, em conhecer da presente apelação, para dar-lhe parcial provimento, nos termos do voto do relator.

RELATÓRIO:

Trata-se de Apelação Cível interposta por BV Financeira S/A - Crédito, Financiamento e Investimento em face da sentença proferida pelo MM. Juiz de Direito da 28ª Vara Cível da Comarca de Fortaleza nos autos da ação revisional de cláusulas contratuais com pedido de tutela antecipada proposta por José Walder Sales.

Às fls. 116/124, ao sentenciar o feito, o magistrado "a quo" julgou parcialmente procedente a ação, firmando entendimento no sentido de que: a) as regras estabelecidas no Código de Defesa do Consumidor são aplicáveis às Instituições Financeiras; b) é indevida a incidência de anatocismo (juros compostos); c) é ilegal a cobrança da comissão de permanência; d) não incide, na presente demanda, o limite máximo referente aos juros remuneratórios no percentual de 12% (doze por cento) ao ano, devendo permanecer a taxa fixada no contrato; e) para efeito de correção monetária, prevalece o INPC; g) eventual ressarcimento, caso seja verificada, deve ser procedido em fase de liquidação, h) custas e honorários advocatícios fixados em 10% (dez por cento), rateados entre as partes diante da ocorrência de sucumbência recíproca.

Às fls. 127/143, inconformada com a referida sentença, a instituição financeira, ora recorrente, interpôs a presente apelação, sustentando, em síntese, que: a) não são aplicáveis aos contratos de financiamento às regras contidas no Código de Defesa do Consumidor, devendo prevalecer a segurança jurídica dos contratos e o princípio do "pacta sunt servanda*";* b) é legal a cobrança de comissão de permanência, face à previsão normativa oriunda do Banco Central do Brasil; c) inexiste capitalização de juros. Alfim, requer a apelante o total provimento deste recurso.

Contrarrazões de fl. 148.

Em síntese, é o breve relatório.

VOTO

Conheço do recurso, porquanto preenchidos todos os requisitos de admissibilidade. Sem preliminares, passo ao exame de mérito.

José Walder Sales, em 15 de abril de 2003, celebrou perante a recorrente contrato com o viso de adquirir o automóvel da marca Volkswagen, modelo Kombi, cor

branca, ano 1993, de placas HUA0902, financiando R$ 3.549,66 (três mil, quinhentos e quarenta e nove reais e sessenta e seis centavos) em 36 parcelas mensais e sucessivas, cada uma no valor de R$ 221,02 (duzentos e vinte e um reais e dois centavos), fl. 03.

A matéria não exige grande esforço de compreensão, uma vez que é rotineira, neste Tribunal, a apreciação de ações em que consumidores de serviços prestados por instituições financeiras pleiteiam, via judicial, a alteração de contratos firmados livremente por considerá-los excessivamente onerosos.

A presente irresignação recursal se limita a rediscutir temas já exaustivamente repisados nesta Corte, a saber: 1) aplicabilidade ou não das normas contidas no CDC em relação às Instituições Financeiras; 2) incidência do anatocismo; 3) legalidade ou não da cobrança da taxa de comissão de permanência nos referidos contratos.

Em relação à aplicação do CDC, não resta dúvida quanto à sua possibilidade, ressalvada, obviamente, a hipótese prevista no art. 51 do referido diploma, visto que, sem pedido expresso do interessado, é vedado, aos magistrados das instâncias ordinárias, julgar a abusividade de cláusulas nos contratos bancários, tendo em vista a pacífica jurisprudência do STJ sobre o tema.

Para justificar o entendimento firmado por esta relatoria quanto à regra geral, acosto a Súmula de nº 297 proveniente da Corte da Cidadania, redigida nos seguintes termos:

> "O Código de Defesa do Consumidor é aplicável às instituições financeiras."

Todavia, por exceção, reitere-se que -, conforme entendimento consolidado por ocasião do julgamento do recurso especial repetitivo de nº 1.061.530/RS, adequadamente relatado pela Eminente Ministra Nancy Andrigui,- não cabe, ao magistrado, membro da instância ordinária, apreciar, de ofício, a suposta onerosidade excessiva dos contratos bancários.

Senão vejamos:

> ORIENTAÇÃO 5 - DISPOSIÇÕES DE OFÍCIO: É vedado aos juízes de primeiro e segundo graus de jurisdição julgar, com fundamento no art. 51 do CDC, sem pedido expresso, a abusividade de cláusulas nos contratos bancários. Vencidos quanto a esta matéria a Min. Relatora e o Min. Luis Felipe Salomão.

Após detida leitura da peça inaugural e perfazendo minucioso confronto com a sentença atacada, verifico que o magistrado "a quo" decidiu, de ofício, aspecto pertinente à correção monetária por entender aplicável ao caso concreto o percentual estabelecido pelo Índice Nacional de Preços ao Consumidor (INPC), daí porque merece censura somente neste ponto.

Não há qualquer irresignação quanto aos juros remuneratórios, confirmando, portanto, o julgador singular o entendimento consolidado pela jurisprudência sobre o tema, uma vez que não mais se aplica o decreto de nº 22.626/33, conhecida como a Lei de Usura com objetivo de limitar juros que foram livremente convencionados pelas partes, cuja capacidade civil para contrair obrigações não se discute nestes autos.

Em relação à capitalização de juros sobre juros, doutrinariamente denominada como anatocismo, o entendimento jurisprudencial que prevalece atualmente é no sentido ser perfeitamente válida, mas somente para os contratos posteriores a 31/03/2000 (MP Nº 2.170-36/2001) e desde que expressamente convencionado.

Portanto, para a incidência do anatocismo é necessária a presença simultânea de dois requisitos necessários, a saber: a) contratos firmados após 31/03/2000; b) expressa e específica previsão contratual neste sentido.

Assim, os termos da Súmula 121 do STF incidem somente sobre os contratos firmados anteriormente à data do início da vigência da referida MP, em face da sua presunção de constitucionalidade, ou, ainda, mesmo após sua edição nos contratos em que não houver expressa previsão sobre a cobrança de anatocismo.

Na hipótese dos autos, verifica-se, após atenta leitura das minúsculas cláusulas contidas no instrumento de fls. 29 e verso, que o contrato impugnado é composto por 36 parcelas fixas e sucessivas, sendo celebrado no dia 15 de abril de 2003.

Logo, é posterior a edição da MP 1.963-17, publicada em 31/03/2000 e revigorada pela MP 2.170-36, publicada no DOU DE 12/09/2001.

Esta, como se sabe, passou a admitir a capitalização de juros em período inferior a um ano. Todavia, neste caso concreto, não cabendo reforma à sentença, neste tópico, porquanto inexiste previsão expressa na avença quanto a este tema.

Relativamente à cobrança de comissão de permanência, conforme pacífico entendimento do STJ, tal encargo não pode ser cumulado com quaisquer outros encargos remuneratórios ou moratórios que, previstos para a situação de inadimplência, criam incompatibilidade para o deferimento desta parcela.

Em outras palavras, a taxação relativa à comissão de permanência, por si só, é legal, desde que não cumulada com qualquer outro encargo contratual concernente à inadimplência.

Neste caso concreto, compulsando o contrato de fl. 29 e verso, verifico que, diante da previsão contida na cláusula 4 do instrumento contratual (cobrança da comissão de permanência), concomitante com a presença de juros moratórios e da multa contratual para o período de inadimplência (cláusula 5), agiu corretamente a magistrada "a quo" ao afastar a incidência da referida cláusula 4 convencionada.

Não é outro o entendimento da jurisprudência dominante sobre o tema:

> "AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. AÇÃO REVISIONAL. CONTRATO
> BANCÁRIO. JUROS REMUNERATÓRIOS. COMISSÃO DE

> PERMANÊNCIA. JUROS MORATÓRIOS.
> É admissível a cobrança da comissão de permanência, em caso de inadimplemento, desde que não cumulada com correção monetária, juros remuneratórios, multa contratual e juros moratórios (Súmulas 30 e 296/STJ). Esse encargo pode ser calculado à base da taxa média dos juros no mercado, desde que não exceda a taxa do contrato, convencionada pelas partes (Súmula 294/STJ).''
> (AgRg no REsp 441186/RS, 4ª Turma, publicado em 28/09/2009).

Feitas todas as considerações anteriormente consignadas e procedida a fase de execução de sentença, se, finalizado procedimento, restar evidenciado pagamento a maior por parte do consumidor, impõe a repetição de indébito, na modalidade simples, conforme precedentes deste órgão julgador.

Diante de todo o exposto, conheço do presente recurso, porquanto preenchidos os seus pressupostos de admissibilidade, para dar-lhe parcial provimento, reformando a sentença apenas para afastar a declaração de abusividade procedida de ofício, mantendo-a, intacta em seus demais capítulos, aplicando-se o CDC, e, ao final, apurado o valor devido em liquidação de sentença, onde há de se levar em conta eventual compensação de quantias pagas a maior, em repetição simples.

É como voto, Sr. Presidente.

Fortaleza, 06 de julho de 2011.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 32-95.2002.8.06.0000/0
APELANTE: JOÃO VARELA DA SILVA
APELADO: FRANCISCO PARENTE BRANDÃO
RELATOR: DES. ADEMAR MENDES BEZERRA

EMENTA: PROCESSUAL CIVIL E LEI DE LOCAÇÕES. APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO REVISIONAL DE ALUGUEL. PROVAS DE QUE O VALOR COBRADO PELA LOCAÇÃO DO IMÓVEL SE ENCONTRA DEFASADO. ARBITRAMENTO DE ALUGUEL PROVISÓRIO. MANDADO DE CITAÇÃO EM DESACORDO COM OS DITAMES DO ART. 277, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL, ACARRETANDO PREJUÍZOS PARA O RÉU, ORA APELANTE. NULIDADE INSANÁVEL. APELAÇÃO CONHECIDA E PARCIALMENTE PROVIDA.
- Os documentos carreados aos autos estão suficientemente aptos a comprovar a defasagem entre o valor ajustado entre as partes e o dos aluguéis estipulados nos contratos de locação de imóveis situados próximos ao bem objeto do negócio entabulado entre recorrente e recorrido. Com efeito, há cópia de três contratos de locação com finalidade residencial onde se constata valores bem acima dos R$ 39,00 pagos pelo apelante. Assim, não há falar em falta de critério para a fixação, por sentença, do valor de R$ 150,00, uma vez que este valor está situado na faixa alegada e comprovada pelo apelado.
- Sobre o não arbitramento do aluguel provisório, a Lei nº 8.245/91, em seu art. 68, II, com a redação anterior à modificação efetuada pela Lei 12.112/09, dispõe que este somente será concedido se o autor o requerer, o que não se deu no presente caso.
- O mandado de citação não obedeceu aos ditames do art. 277, do Código de Ritos, que impõe a designação de audiência de conciliação, oportunidade processual para o oferecimento de contestação. Em consequência, o apelante acabou por sofrer os efeitos da revelia, bem como teve alijada a possibilidade de composição na instância ordinária. Inegável, portanto, seu prejuízo.
- Apelação conhecida e parcialmente provida para declarar nula a citação e todos os

atos processuais praticados posteriormente.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos da Apelação Cível nº 32-95.2002.8.06.0000/0, em que figuram as partes acima referidas.

Acordam os Desembargadores integrantes da 2ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, à unanimidade, em dar parcial provimento ao apelo, nos termos do voto do Relator.

Fortaleza, 06 de abril de 2011.

RELATÓRIO

Em exame, recurso de apelação cível interposto por João Varela da Silva, contra sentença do MM. Juiz de Direito da 20ª Vara Cível desta Comarca que julgou procedentes os pedidos deduzidos em Ação Revisional de Aluguel. Na exordial, o autor, ora apelado, aduziu que alugou ao réu um imóvel, situado à rua Guilherme Alencar, nº 154, Messejana, pelo valor de R$ 39,00 (trinta e nove reais). Argumentou que procurou o demandado para atualizar o aluguel, mas que este se recusou a efetuar qualquer acordo. Defendeu que o valor que vem sendo pago está muito aquém do de mercado, cuja remuneração da locação de prédios com características semelhantes e no mesmo local varia entre R$ 100,00 (cem reais) e R$ 200,00 (duzentos reais). Acostou documentos, às fls. 04/27.

Devidamente citado (fl. 29), o réu deixou transcorrer *in albis* o prazo para contestar (fl. 31). Às fls. 32/33, a magistrada *a quo* decretou a sua revelia e proferiu sentença de mérito, julgando procedente a ação para fixar o aluguel em R$ 150,00 (cento e cinquenta reais) e condenar o promovido a arcar com as custas processuais e a verba advocatícia fixada em 10% sobre o valor da causa.

Nas razões apelativas, às fls. 39/42, o recorrente devolveu o que se segue: a) ausência de prova documental apta a comprovar a faixa de valor, entre R$ 100,00 e R$ 200,00, alegada na exordial; b) o mandado de citação não determinou o ato processual a ser realizado; c) não foi arbitrado aluguel provisório, conforme exigido em lei; d) a sentença não levou em consideração as condições necessárias ao arbitramento do aluguel.

Contrarrazões às fls. 48/49. Parecer da douta Procuradoria de Justiça, à fl. 75.

É o relatório.

VOTO

Acerca das provas, entendo que os documentos carreados aos autos estão suficientemente aptos a comprovar a defasagem entre o valor ajustado entre as partes e o dos aluguéis estipulados nos contratos de locação de imóveis situados próximo ao bem objeto do negócio entabulado entre recorrente e recorrido.

Com efeito, há cópia de três contratos de locação com finalidade residencial onde se constata valores bem acima dos R$ 39,00 pagos pelo apelante.

Assim, não há falar em falta de critério para a fixação, por sentença, do valor de R$ 150,00. Este está situado na faixa alegada e comprovada pelo apelado.

Sobre o não arbitramento do aluguel provisório, a Lei nº 8.245/91, em seu art. 68, II, com a redação anterior à modificação efetuada pela Lei 12.112/09, dispõe que este somente será concedido se o autor o requerer:

> "Art. 68. Na ação revisional de aluguel, que terá o rito sumário, observar-se-á o seguinte:
> II- ao designar a audiência de instrução e julgamento, o juiz, **se houver pedido** e com base nos elementos fornecidos pelo autor ou nos que indicar, fixará aluguel provisório..." (Grifei)

Por fim, no que tange ao mandado de citação, detecto insanável nulidade, na medida em que o ato processual não obedeceu aos requisitos legais. Transcrevo, por oportuno, o conteúdo do mandado, à fl. 29:

> "A presente, extraída da ação em epígrafe por determinação do DR. ONILDO ANTÔNIO PEREIRA DA SILVA, MM. Juiz de Direito, respondendo pela 20ª Vara Cível de Fortaleza, assinada pela Diretora de Secretaria, nos termos do art. 223, do Código de Processo Civil, tem por finalidade a CITAÇÃO de V. Sª. de todo o conteúdo da petição inicial, cujas cópias seguem anexas como parte integrante desta carta, ficando ciente que poderá oferecer CONTESTAÇÃO no prazo de 15 (quinze) dias, ficando ciente que deverá, em tal prazo, indicar as provas que pretende produzir, sob pena de revelia. Advirta-se, porém, de que, não havendo resposta, presumir-se-ão aceitos como verdadeiros os fatos articulados na peça vestibular pela parte autora. E, ainda, que o mencionado prazo contar-se-á da juntada do AR – (Aviso de Recebimento)."

Como se vê, o mandado não obedeceu aos ditames do art. 277, do Código de Ritos, que impõe a designação de audiência de conciliação, oportunidade processual para o oferecimento de contestação.

Em consequência, o apelante acabou por sofrer os efeitos da revelia, bem como teve alijada a possibilidade de composição na instância originária. Inegável, portanto, seu prejuízo.

Sobre a obrigatoriedade de realização de audiência de conciliação nesta espécie de procedimento, já se manifestou o STJ:

> "PROCESSUAL CIVIL. COBRANÇA. PROCEDIMENTO SUMÁRIO. CONTESTAÇÃO. PRAZO. 10 (DEZ) DIAS ENTRE A CITAÇÃO E A AUDIÊNCIA DE CONCILIAÇÃO. INOBSERVÂNCIA. NULIDADE. IRRELEVÂNCIA NO CASO CONCRETO. COMPARECIMENTO DO RÉU. APRESENTAÇÃO DE CONTESTAÇÃO. AUSÊNCIA DE PREJUÍZO. NULIDADE NÃO CARACTERIZADA. CPC, ARTS. 214, § 1º, 249, 277. PRECEDENTES. DOUTRINA. RECURSO DESACOLHIDO.
> I - O réu, no procedimento sumário, será citado para comparecer à audiência, que não se realizará em prazo inferior a 10(dez) dias. Em outras palavras, o prazo para contestar - mais exatamente, o prazo para preparar a defesa - no procedimento sumário, é o que medeia entre a citação e a audiência, não podendo ser inferior a dez dias. (…) (REsp 200.490/SP, Rel. Ministro SÁLVIO DE FIGUEIREDO TEIXEIRA, QUARTA TURMA, julgado em 13/04/1999, DJ 17/05/1999, p. 217)"
>
> PROCESSO CIVIL. AÇÃO INDENIZATÓRIA. PROCEDIMENTO SUMÁRIO. AUDIÊNCIA DE CONCILIAÇÃO. PRESENÇA DO ADVOGADO E AUSÊNCIA DO RÉU REGULARMENTE CITADO. INOCORRÊNCIA DE CONTESTAÇÃO. REVELIA. DEBATES ORAIS. AUSÊNCIA. NULIDADE AFASTADA. CPC, ARTS. 278, 281 E 319. RECURSO ESPECIAL. PREQUESTIONAMENTO. SÚMULA/STJ, ENUNCIADO N. 211. DISSÍDIO NÃO DEMONSTRADO. DOUTRINA. RECURSO DESACOLHIDO.
> I - A citação no procedimento sumário é para que o réu compareça à audiência inicial a fim de que, em um primeiro momento, se procure a conciliação e, em caso negativo, seja apresentada sua defesa, sob pena de revelia.
> II - Dentre outras hipóteses, tem-se como caracterizada a revelia do réu, nas causas de procedimento sumário, quando, apesar de regularmente citado o réu, deixa de comparecer à audiência de conciliação, se faz considerando que, no caso, seu advogado, regularmente constituído e com poderes para transigir, compareceu ao ato, mas não apresentou contestação. (…) (REsp 149.729/PR, Rel. MIN. SALVIO DE FIGUEIREDO TEIXEIRA, QUARTA TURMA, julgado em 23/03/1999, DJ 21/06/1999, p. 161)"
>
> "Sob pena de nulidade, o mandado de citação deverá consignar dia, hora e lugar da audiência (RT 480/123) e que nela deverá ser apresentada a defesa (STJ – 4ª T., Resp 35.250-9-MA, rel. Min. Sálvio de Figueiredo, j. 24.6.93, deram provimento, v.u., DJU 30.8.93, p. 17.302)"

Em razão do aludido vício, outro caminho não há senão o de declarar nula a citação e todos os atos processuais praticados posteriormente.

É como voto.

Apelação Cível nº 3756-02.2005.8.06.0001/1, oriunda da 15ª Vara Cível da Comarca de Fortaleza.
Apelante: Fort Print Formulários Contínuos Ltda..
Apelada: DHL Express Brasil Ltda..
Relatora: Desa. Maria Iracema Martins do Vale.

EMENTA: CIVIL. CONTRATO DE TRANSPORTE. RESPONSABILIDADE PELO PAGAMENTO DO FRETE. INEXISTÊNCIA DE DISPOSIÇÃO CONTRATUAL A RESPEITO DA MATÉRIA. DEVER DO REMETENTE. APELO IMPROVIDO.

1. A controvérsia a ser dirimida nos presentes autos diz respeito à responsabilidade pelo pagamento do frete referente ao transporte da mercadoria vendida pela insurgente à empresa Inglês Wisdom CO., com sede nos Estados Unidos da América.
2. A documentação acostada aos autos demonstra que a empresa vendedora foi a responsável pela contratação da transportadora que entregou a mercadoria ao comprador.
3. Assim, inexistindo disposição contratual em contrário, deve o remetente responsabilizar-se pelo pagamento do valor relativo ao frete.
4. Contudo, nada obsta que a empresa que entender prejudicada, busque através do Judiciário, em ação própria, o ressarcimento de eventuais prejuízos advindos do contrato de prestação do serviço de fornecimento de materiais.
- Precedente do STJ.
- Apelação conhecida e desprovida.
- Sentença mantida.
- Unânime.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de Apelação Cível nº 3756-02.2005.8.06.0001/1, 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, mas para negar-lhe provimento, nos termos do voto da Relatora.

RELATÓRIO

Tratam os presentes autos de Apelação Cível interposta com o objetivo de reformar sentença proferida pelo Juízo da 15ª Vara Cível da Comarca de Fortaleza que decidiu pela improcedência do pedido autoral.

O caso/a ação originária: A empresa Fort Print Formulários Contínuos Ltda. ingressou com ação de inexistência de débito c/c anulação de protesto e pedido de indenização por danos morais e materiais em face da transportadora DHL Express Brasil Ltda. aduzindo que *"foi surpreendida com o recebimento de notificação expedida pelo Cartório Martins, do 2º Ofício desta Comarca, alusiva ao apontamento a protesto de um pseudo título de crédito, cujas características são: Fatura e respectiva Duplicata de nº 29232598, emitida em 11/08/2004, com vencimento para 27/08/2004, no valor de R$ 4.385,00 (quatro mil trezentos e oitenta e cinco reais)"* (fl. 5). Sustentou que não celebrou qualquer contrato de transporte, asseverando que o responsável pelo pagamento do frete relativo à mercadoria vendida seria do destinatário. Para tanto, apresentou os documentos que dormitam às fls. 47/62. Em sua contestação (fls. 82/92), a promovida afirmou que ao preencher o termo de conhecimento de transporte aéreo o demandante não assinalou o campo referente a quem ficaria responsável pelo pagamento do frete, recaindo para si, portanto, tal incumbência, conforme disposto na cláusula 6ª do mencionado termo. Acostou a documentação de fls. 95/113. Assim, pugnou pela total improcedência do pleito exordial.

A sentença: às fls. 143/148, o magistrado *a quo* julgou improcedente o pedido inaugural. Transcrevo seu dispositivo no que interessa:

> "**ISTO POSTO** e por tudo mais que dos autos constam, **JULGO IMPROCEDENTE** a ação, embasado nos fatos e argumentos acima expendidos e consequentemente **EXTINGO** a lide, na forma do art. 269, I, do CPC, com resolução de mérito".

A apelação: Inconformada, a promovida ingressou com o presente recurso às fls. 152/158, repisando os argumentos da contestação, pugnando pela reforma da sentença vergastada.

Contrarrazões apresentadas às fls. 163/171, pugnando pela manutenção da sentença, por seus próprios e jurídicos fundamentos.

É o relatório.

Revisão feita pelo Excelentíssimo Senhor Des. Lincoln Tavares Dantas.

VOTO

A controvérsia a ser dirimida nos presentes autos diz respeito à responsabilidade pelo pagamento do frete referente ao transporte da mercadoria

vendida pela insurgente à empresa Inglês Wisdom CO., com sede nos Estados Unidos da América.

Da análise do conjunto probatório acostado aos autos, mormente a ficha de conhecimento aéreo nº 6719231260 (fl. 62), constatou-se que foi a autora quem contratou os serviços da promovida a fim de que transportasse a mercadoria ao destinatário.

Como se pode facilmente observar, a insurgente não diligenciou no sentido de preencher o campo referente ao custo do transporte, ficando ciente de que *"se deixado em branco, o remetente arcará com as despesas"*. Foi exatamente o que aconteceu.

Ademais, conforme bem ponderou o douto magistrado de primeiro grau de jurisdição em sua sentença (fl. 147), *"no verso dos documentos de fls. 112 e 113, do mesmo teor do documento de fls. 110"*, consta a seguinte cláusula:

> "6. Responsabilidade pelo Pagamento.
> O Remetente será sempre o primeiro responsável por todos os pagamentos devidos à DHL, incluindo custos do serviço, despesas de transportes e frete, taxas aduaneiras, encargos governamentais, multas, impostos, custas processuais e honorários advocatícios, sem prejuízo dos juros de mora de 1% ao mês e multa de 2% e outros encargos que eventualmente vierem a ser devidos. Caso o Remetente tenha solicitado à DHL faturar ou receber do Destinatário ou de terceiro e este não efetuar integralmente o pagamento devido, ficará o Remetente integralmente responsável pelo pagamento." (destacado).

A documentação trazida à baila pelo autor (fls. 121/127) por se tratarem de meros impressos, não servem como meio de prova hábil a asseverar suas alegações. Ademais, imperioso destacar que em momento algum dos escritos, consta a anuência tácita da empresa compradora quanto o pagamento do frete.

Desta forma, certo é que, em face da constatação de que o serviço de transporte fora contratado pela vendedora/remetente e diante da inexistência de expressa manifestação de vontade da compradora/destinatária assumindo o pagamento do frete, o débito deve ser saldado pelo remetente.

Portanto, conforme dicção do Art. 439 do Código Civil e de acordo com o entendimento já sedimentado do STJ, a responsabilidade pelo pagamento dos serviços é daquele que prometeu fato de terceiro. Confira-se a jurisprudência:

> "CONTRATO DE TRANSPORTE. RESPONSABILIDADE PELO PAGAMENTO DO FRETE. EMISSÃO, PELO TRANSPORTADOR, DE DUPLICATA DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS, CONTRA O DESTINATARIO. A SIMPLES CIRCUNSTANCIA DE O REMETENTE FAZER CONSTAR DO CONHECIMENTO DE TRANSPORTE QUE O FRETE SERIA PAGO PELO DESTINATARIO, A ESTE NÃO OBRIGA, SE NÃO ANUIU PREVIAMENTE, OU *A POSTERIORI*, A ASSUNÇÃO DE TAL RESPONSABILIDADE. MÁXIME EM SE CUIDANDO DE ENTIDADE DE DIREITO PÚBLICO, A ANUÊNCIA DEVE SER

> INEQUÍVOCA, E NÃO SE PRESUME DO SIMPLES RECEBIMENTO DA MERCADORIA POR SERVIDOR SUBALTERNO. INEXISTÊNCIA DE ‘’ESTIPULAÇÃO EM FAVOR DE TERCEIRO.” ARTIGOS 1.098 E PARÁGRAFO ÚNICO, E 929 DO CÓDIGO CIVIL. RECURSO ESPECIAL CONHECIDO E PROVIDO.” (REsp 3.169/RS, Rel. Ministro ATHOS CARNEIRO, QUARTA TURMA, DJ 24/09/1990).

No mesmo sentido, o entendimento do egrégio Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, conforme se denota do seguinte julgado:

> “DECLARATÓRIA - Inexigibilidade de título c/c indenização por danos materiais e morais Transporte de carga - **Frete para ser pago pelo destinatário - Assunção do encargo não demonstrada - Responsabilidade da autora** - Danos inexistentes. - **Demonstrado que não houve qualquer assunção, pelo destinatário, da responsabilidade pelo frete, incumbe à contratante o pagamento dos serviços.** Responsabilidade pela promessa de fato de terceiro caracterizada. Recurso não provido.” (TJSP; APC 0217569-12.2009.8.26.0100; 22ª Câmara de Direito Privado; Rel. Des. ANDRADE MARQUES; Julgado 31/01/2011) (destacado).

Por fim, assevere-se que, em ação própria, pode o vendedor, acaso entenda prejudicado, buscar ressarcir-se da importância despendida.

Por tais razões, ante a inexistência de disposição **expressa em contrário,** deve o apelante ser responsabilizado pelo pagamento do valor referente ao frete da mercadoria negociada, razão pela a manutenção da sentença vergastada é medida que se impõe.

DISPOSITIVO

Do exposto, conheço do recurso, por estarem presentes todos os pressupostos, mas para NEGAR-LHE PROVIMENTO, para o fim específico de reconhecer a responsabilidade do recorrente para pagar o valor relativo ao frete da mercadoria transportada, ante a inexistência de disposição expressa em contrário.

É como voto.

Fortaleza, 10 de agosto de 2011.

Nº 37673-83.2003.8.06.0000/0
APELAÇÃO CÍVEL
APELANTE: MARIA RENATA LUCIA COURAS FERREIRA
APELADO: PLANOS DE TECNICOS DO BRASIL LTDA
RELATOR: DES. MANOEL CEFAS FONTELES TOMAZ
REVISOR: DES. JOSÉ MÁRIO DOS MARTINS COELHO

APELAÇÃO - EMBARGOS À EXECUÇÃO - ALUGUÉIS E ENCARGOS - IMPUGNAÇÃO ÀS TAXAS DE CONDOMÍNIO E MULTA - INCIDÊNCIA DA MULTA CONTRATUAL. POSSIBILIDADE DIANTE DA PREVISÃO CONTRATUAL. COBRANÇA DEVIDA.

1. Trata-se de Apelação manejada em face de sentença que desacolheu Embargos, declarando subsistente a penhora e determinando o prosseguimento da execução.

2. Contrato de locação, estabelece que o aluguel, bem como as taxas condominiais que venham a incidir sobre o imóvel, deverão ser pagas pelo locatário. Plena aplicabilidade do contrato sufragado.

3. Cálculos realizados pela Contadoria. Validade. Inobservância de excesso. Plena aplicação da Lei 8.245/91,

APELAÇÃO CONHECIDA E DESPROVIDA. SENTENÇA MANTIDA.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível, acordam os Desembargadores da 6ª Câmara Cível, por unanimidade em conhecer do recurso para NEGAR-LHE provimento, nos termos do voto do eminente Desembargador Relator.

RELATÓRIO

Trata-se de Apelação Cível interposta em irresignação diante da Sentença oriunda da 10ª Vara Cível da Comarca de Fortaleza, que julgou improcedente o pleito formulado nos presentes Embargos à Execução. Primordialmente, na ação em tela, tem-se por escopo embargar a execução de taxa condominial.

A Sentença recorrida julgou a Ação improcedente, declarando subsistente a penhora, e determinando o prosseguimento da execução em seus ulteriores termos.

Irresignada com o teor da Sentença *a quo*, insurgiu-se a Requerente, ora

Apelante, alegando, em suma, que o entendimento da douta juíza de planície de que o simples fato de haver o locador transferido a obrigação ao locatário de pagar as taxas condominiais, já lhe assegura o direito de cobrá-las em caso de inadimplência não está correto. Assevera que o locador terá que primeiro pagá-las para após isto reembolsar estas despesas.

Apresentadas as contrarrazões, pelas quais a empresa requerida alega que a sentença *a quo* não merece qualquer reparo, tendo em vista que fora prolatada de conformidade com a lei e em consonância com o remansoso e iterativo entendimento doutrinário e jurisprudencial.

Nessas condições, aportaram os autos neste Tribunal de Justiça em setembro de 2003. E, após sucessivas redistribuições, vieram conclusos a este Gabinete em maio de 2010, por força da portaria 1.489/2009.

Parecer da douta Procuradoria Geral de Justiça às fls. às fls. 80/82 contudo sem o pronunciamento meritório.

Eis o relatório. Revisão procedida pela douto Des. José Mário dos Martins Coelho.

VOTO

Presentes os requisitos de admissibilidade, intrínsecos e extrínsecos, passo a apreciar o recurso apelatório.

As preliminares suscitas foram plenamente solucionadas pelo juízo primeiro, não restando quaisquer dúvidas sobre a legitimidade da Embargante. Igualmente afastado o aludido excesso diante dos cálculos ofertados pela Contadoria do fórum.

A Apelante, irresignada com a sentença *a quo,* busca a exclusão dos valores executados, a título de taxas condominiais, alegando excesso na execução e, outrossim, tais valores não seriam de responsabilidade de ex-inquilino.

O presente feito está adstrito à legislação locatícia, assim, determina, expressamente, o art. 23 da Lei 8.245/91:

> "O locatário é obrigado a:
> I - pagar pontualmente o aluguel e encargos da locação, legal ou contratualmente exigíveis, no prazo estipulado ou, em sua falta, até o sexto dia útil do mês seguinte ao vencido, no imóvel locado, quando outro local não tiver sido indicado no contrato".

Veja-se que se está diante de pacto locatício sem aparente vício de consentimento, firmado por partes maiores e capazes, não havendo que se questionar, em princípio, sua validade. Por sua vez, o contrato de locação, estabelece que o aluguel, bem como as taxas condominiais que venham a incidir sobre o imóvel, deverão ser

pagas pelo locatário.

Portanto, como bem decidiu o eminente Juiz *a quo*:

> "Realmente o síndico é quem deve cobrar a taxa condominial, contudo, nada impede que o proprietário do imóvel convencione com o locatário que este suportará tal encargo. Assim, acontece, por exemplo com os impostos, em que o locador os paga e depois exige do locatário."

Deve-se reconhecer então que os valores cobrados a título de taxas de condomínio correspondem às despesas cuja obrigação pelo pagamento estava a cargo do locatário, neste sentido:

> CIVIL. LOCAÇÃO. FIANÇA. RENÚNCIA DO DIREITO A EXONERAÇÃO. MULTA CONTRATUAL. REDUÇÃO. CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR.. LEI 8.070/90 - INAPLICABILIDADE. CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR
> 1.Não podem exonerar-se da obrigação os fiadores que manifestaram expressa renúncia ao direito estipulado no CC, art. 1.500. Mesmo que o contrato tenha se tornado por tempo indeterminado, se expressamente anuído pelos fiadores;
> **2. 2.Não se aplica às locações prediais urbanas reguladas pela lei 8.245/91, o Código do Consumidor**. Recurso Especial conhecido e provido (266625 GO 2000/0069155-0, Relator: Ministro EDSON VIDIGAL, Data de Julgamento: 25/09/2000, T5 - QUINTA TURMA, Data de Publicação: DJ 16.10.2000 p. 346JSTJ vol. 22 p. 384)

> EMBARGOS À EXECUÇÃO - LOCAÇÃO IMOBILIÁRIA - TAXAS CONDOMINIAIS - OBRIGAÇÃO DO LOCATÁRIO - **COBRANÇA DEVIDA - ALEGAÇÃO DE INEXISTÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DE QUE AS TAXAS DE CONDOMÍNIO SERIAM REFERENTES ÀS DESPESAS ORDINÁRIAS - IMPROCEDÊNCI**A - SUCUMBÊNCIA FIXADA CORRETAMENTE - RECURSO DESPROVIDO. A(2466322 PR 0246632-2, Relator: Francisco Luiz Macedo Junior, Data de Julgamento: 06/12/2006, 15ª Câmara Cível, Data de Publicação: DJ: 7281)

> LOCAÇÃO - RETENÇÃO POR BENFEITORIAS - **CÓDIGO DO CONSUMIDOR - LEI8.070/90 - INAPLICABILIDADE.**1. NÃO E NULA CLAUSULA CONTRATUAL DE RENUNCIA AO DIREITO DERETENÇÃO OU INDENIZAÇÃO POR BENFEITORIAS.2. NÃO SE APLICA AS LOCAÇÕES PREDIAIS URBANAS REGULADAS PELA LEI8.245/91, O CÓDIGO DO CONSUMIDOR.3. RECURSO NÃO CONHECIDO. (38274 SP 1993/0024254-7, Relator: Ministro EDSON VIDIGAL, Data de Julgamento: 09/11/1994, T5 - QUINTA TURMA, Data de Publicação: DJ 22/05/1995 p. 14425)

Assim, considerando-se as circunstâncias esposadas e a previsão contratual, há que se reconhecer a exigibilidade da quantia referente às despesas condominiais acrescidas da respectiva multa, pois, reconhecido o descumprimento contratual de locatário, que teria deixado de adimplir valores expressamente previstos no contrato, não restam dúvidas quanto à possibilidade de incidência da multa contratual idealizada no instrumento locatício:

> APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE DESPEJO C/C COBRANÇA. INADIMPLEMENTO DAS DESPESAS CONDOMINIAIS CONFIGURADO. **INCIDÊNCIA DA MULTA CONTRATUAL. POSSIBILIDADE DIANTE DA PREVISÃO CONTRATUAL. MONTANTE EXCESSIVO QUE IMPÕE A MINORAÇÃO PARA 10% DO VALOR DO DÉBITO.** ALEGAÇÃO DE EXISTÊNCIA DE SUBLOCAÇÃO. AFASTAMENTO POR AUSÊNCIA DE PROVAS. INSURGÊNCIA QUANTO AO INDEFERIMENTO DA INTEGRAÇÃO DO FIADOR À LIDE. RELAÇÃO ANGULARIZADA COM A CITAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE DE ALTERAÇÃO. INTELIGÊNCIA DO ART. 264 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. RECURSO CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO.264CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL
>
> (102264 SC 2007.010226-4, Relator: Ronei Danielli, Data de Julgamento: 30/05/2011, Primeira Câmara de Direito Civil, Data de Publicação: Apelação Cível n. , da Capital)

Os valores sufragados na sentença primeira são oriundos de cálculo da Contadoria, o qual utilizou juros de 6% ao ano, atualização monetária pelo INPC. Portanto, plenamente exequíveis.

Diante do exposto, VOTO por CONHECER o recurso e NEGAR-LHE PROVIMENTO, mantendo a respeitável sentença, por seus próprios fundamentos.

Fortaleza, 12 de dezembro de 2011.

APELAÇÃO CÍVEL N. 394-42.2005.8.06.0146/1 DE PINDORETAMA
APELANTE: Í. N. G. (REPRESENTADA POR N. L. N.)
APELADA: T. L. G.
RELATOR: DES. RÔMULO MOREIRA DE DEUS

EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE ALIMENTOS PROPOSTA CONTRA A AVÓ PATERNA. EXTINÇÃO DO PROCESSO SEM JULGAMENTO DE MÉRITO. DESCABIMENTO. EXISTÊNCIA DE INTERESSE PROCESSUAL. TEORIA DA ASSERÇÃO. NECESSIDADE DE INSTRUÇÃO PROCESSUAL. DESFAZIMENTO DA SENTENÇA. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.

1. Não se deve confundir improcedência do pedido com falta de interesse processual. Uma coisa é a necessidade de se voltar à Justiça em busca de decisão que confira ao demandante alguma utilidade prática (interesse processual); outra bem diferente consiste na avaliação da procedência ou improcedência do pedido (julgamento de mérito).

2. É firme a jurisprudência do STJ no sentido de que a responsabilidade dos avós de prestar alimentos aos netos não é apenas sucessiva, mas também complementar, quando demonstrada a insuficiência de recursos dos genitores.

3. A condição financeira da mãe da alimentanda pode ser aferida durante a instrução processual, julgando-se procedente, ou não, a ação de alimentos.

4. Apelação conhecida e parcialmente provida.

ACÓRDÃO

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

RELATÓRIO

Cuida-se de Apelação manejada por Ílcar Nogueira Gondim, representada por sua genitora, Natali Lima Nogueira, em face de sentença proferida pelo Juízo da

Vara Única da Comarca de Pindoretama que, nos autos de ação de alimentos proposta pela Apelante contra a sua avó paterna, Tereza Lima Gondim, extinguiu o processo sem resolução de mérito por ausência de uma das condições da ação (interesse processual), com esteio no art. 267, VI, do CPC.

Em seu apelo (f. 354-358), a Recorrente aduz, em sinopse, que:

a) ingressou com ação de alimentos apenas contra a sua avó paterna porque sabia que os seus outros parentes jamais poderiam assumir o encargo alimentar;

b) não se verifica a ocorrência de qualquer das hipóteses previstas no art. 267, VI, do CPC, inexistindo razão para a extinção do feito sem julgamento de mérito.

Pugna, enfim, a Apelante pelo provimento do recurso, com o consequente desfazimento da sentença atacada, para que, após a instrução processual, outra seja proferida, bem como pela fixação de pensão provisória no patamar de 10% (dez por cento) sobre os vencimentos da Apelada.

Contrarrazões às f. 370-378.

Em parecer de f. 391-396, a Procuradoria Geral de Justiça opinou pelo improvimento do recurso.

Inicialmente distribuídos à Desa. Maria Iracema Martins do Vale em 03.12.2010 (f. 387), os autos foram a mim redistribuídos em 27.05.2011 (f. 414).

É o relatório, no essencial.

VOTO

O recurso merece parcial provimento.

Segundo a Juíza *a quo*, a Demandante, ora apelante, nada falou acerca da condição financeira da sua mãe, o que impede o regular processamento da demanda, tendo em vista que os pais são os principais responsáveis pelo sustento dos filhos, somente recaindo a obrigação sobre os avós se houver prova robusta de que genitores se encontram ao menos impossibilitados de suportar o encargo.

Dessa forma, a Magistrada singular entendeu que havia "falta da condição da ação interesse processual na modalidade utilidade" (f. 338), extinguindo a causa sem resolução de mérito, com arrimo no art. 267, VI, do CPC.

Não é esse, contudo, o melhor entendimento.

Segundo a teoria da asserção, as condições da ação devem ser verificadas em abstrato, de forma superficial, conforme as alegações do autor na petição inicial, sob pena de se garantir o direito de ação apenas a quem possuir o direito material.

Para ilustrar, trago à baila o seguinte julgado desta Câmara:

> AÇÃO ORDINÁRIA. REEXAME NECESSÁRIO E APELAÇÃO. PRELIMINARES DE CARÊNCIA DA AÇÃO. ARGUIÇÃO DE INTERESSE DE AGIR E DE IMPOSSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO. NÃO ACOLHIMENTO. CONSTITUCIONAL E

> ADMINISTRATIVO. EXTINÇÃO DA GRADUAÇÃO DE TERCEIRO-SARGENTO. PEDIDO DE REVISÃO DE PROVENTOS. INEXISTÊNCIA DE RECLASSIFICAÇÃO OU TRANSFORMAÇÃO DE CARGOS. AUSÊNCIA DE OFENSA À CONSTITUIÇÃO FEDERAL. SENTENÇA REFORMADA. 1. À luz da aplicação da teoria da asserção, a análise das condições da ação é feita em sede de mero juízo de prelibação, em que se admitem como hipoteticamente verídicos os fatos constantes na exordial. A cognição mais aprofundada da causa resvala em valoração do mérito. 2. Não acolhimento das preliminares de ausência de interesse de agir, visto que configurado o binômio necessidade/adequação, e de impossibilidade jurídica do pedido, em virtude da inexistência de impedimento legal à pretensão autoral. […] 6. RECURSO VOLUNTÁRIO E REEXAME NECESSÁRIO CONHECIDOS E PROVIDOS. (TJCE, AC 607421-50.2000.8.06.0001/1, Rel. Des. Washington Luis Bezerra de Araújo, 3ª Câmara Cível, DJe 04.05.2011)

Com efeito, ainda que a Apelante não faça jus aos alimentos da avó paterna – matéria que deve ser equacionada e dirimida quando da apreciação meritória – isso não lhe retira a faculdade de acionar o Judiciário à procura de direito que entende devido.

Não se deve confundir improcedência do pedido com falta de interesse processual. Uma coisa é a necessidade de se voltar à Justiça em busca de decisão que confira ao demandante alguma utilidade prática, no caso, o recebimento de pensão alimentícia por parte de sua avó paterna (interesse processual); outra bem diferente consiste na avaliação da procedência ou improcedência do pedido (julgamento de mérito).

Sobre o assunto, José de Albuquerque Rocha leciona que:

> "[…] toda vez que alguém entender que seu direito foi violado, ou está ameaçado de violação, aparece para ele a necessidade de recorrer ao Estado, a fim de pedir-lhe a proteção para esses direitos violados ou ameaçados de violação. […] O interesse de agir, da mesma forma como a legitimidade para agir, é avaliado com base nas *afirmações* do autor. E dizemos isto justamente porque a *afirmação* do autor de que a situação jurídica foi violada, ou está ameaçada de violação, é a única realidade objetiva de que o juiz dispõe para verificar, desde logo, se há ou não interesse de agir e, em consequência, admitir ou não a ação". (Teoria Geral do Processo. São Paulo: Malheiros, 1999. p. 204-205.)

Acerca do tema, Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery prelecionam que:

> "Existe interesse processual quando a parte tem necessidade de ir a juízo para alcançar a tutela pretendida e, ainda, quando essa tutela jurisdicional pode trazer-lhe alguma utilidade do ponto de vista prático". (Código de Processo Civil Comentado e Legislação Extravagante. 10. ed. São Paulo: RT, 2007. p. 504.)

De mais a mais, há que se levar em consideração, relativamente ao pleito de alimentos de avós, os arts. 1.694, 1.696, 1.697 e 1.698 do Código Civil. Fazendo-se interpretação conjunta desses dispositivos, chega-se à conclusão de que os avós podem ser chamados a pagar a pensão alimentícia, desde que os pais estejam impossibilitados de arcar integralmente com as despesas referentes ao sustento dos filhos.

Maria Helena Diniz, analisando o art. 1.696 do CC, ensina que:

> "Não se deve afirmar que o mais próximo exclui o mais remoto, pois, se o mais chegado não puder fornecê-la, o mais distante poderá ser compelido a pagar a pensão alimentícia. Há responsabilidade subsidiária, pois somente caberá ação de alimentos contra avô se o pai estiver ausente, impossibilitado para o exercício de uma atividade laborativa ou não tiver recursos econômicos, nem meios para suportar o encargo alimentício. Nada obsta, havendo pluralidade de obrigados do mesmo grau, que haja um concurso entre eles, contribuindo cada um com a quota proporcional aos seus haveres (CC, art. 1.698)". (Código Civil Anotado. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 1202.)

Demais disso, ressalto que é firme a jurisprudência do STJ no sentido de que a responsabilidade dos avós de prestar alimentos aos netos não é apenas sucessiva, mas também complementar, quando demonstrada a insuficiência de recursos dos genitores, conforme demonstram os seguintes arestos:

> DIREITO CIVIL. AÇÃO DE ALIMENTOS. RESPONSABILIDADE DOS AVÓS. OBRIGAÇÃO SUCESSIVA E COMPLEMENTAR. 1. A responsabilidade dos avós de prestar alimentos é subsidiária e complementar à responsabilidade dos pais, só sendo exigível em caso de impossibilidade de cumprimento da prestação – ou de cumprimento insuficiente – pelos genitores. 2. Recurso especial provido. (STJ, REsp 831.497/MG, Rel. Min. João Otávio de Noronha, 4ª Turma, DJe 11.02.2010)

> AGRAVO REGIMENTAL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. DIREITO DE FAMÍLIA. DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL. AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO. AÇÃO DE ALIMENTOS. PEDIDO CONTRA A AVÓ. POSSIBILIDADE. INCAPACIDADE FINANCEIRA DOS PAIS. INVERSÃO DE ENTENDIMENTO. NECESSIDADE DE REEXAME DE PROVAS. INADMISSIBILIDADE. SÚMULA 07/STJ. […] 2. Esta Corte Superior de Justiça já consolidou o entendimento de que a responsabilidade dos avós, na prestação de alimentos, é sucessiva e complementar a dos pais, devendo ser demonstrado, à primeira, que estes não possuem meios de suprir, satisfatoriamente, a necessidade dos alimentandos. […] (STJ, AgRg no Ag 1.010.387/SC, Rel. Min. Vasco Della Giustina (Desembargador convocado do TJRS), 3ª Turma, DJe 30.06.2009)

> CIVIL E PROCESSUAL. RECURSO ESPECIAL. ALIMENTOS. AVÓS. RESPONSABILIDADE SUCESSIVA E COMPLEMENTAR.

> PRECEDENTES. RECONHECIMENTO DA IMPOSSIBILIDADE DE PRESTAÇÃO PELO PAI PERANTE A INSTÂNCIA RECURSAL ORDINÁRIA. VALOR DOS ALIMENTOS. REVISÕES QUE DEPENDEM DE INCURSÃO NA MATÉRIA FÁTICA DA LIDE (SÚMULA 7 DO STJ). I. Nos termos da jurisprudência consolidada do STJ, a responsabilidade dos avós em prestar alimentos é sucessiva e complementar. […] (STJ, REsp 858.506/DF, Rel. Min. Aldir Passarinho Junior, 4ª Turma, DJe 15.12.2008)
>
> CIVIL E PROCESSO CIVIL – RECURSO ESPECIAL – AÇÃO DE ALIMENTOS – POSSIBILIDADE ECONÔMICA DOS PAIS PARA O SUSTENTO INTEGRAL DOS FILHOS RECONHECIDA PELO TRIBUNAL LOCAL – ALEGAÇÃO DE NECESSIDADE DE RESPONSABILIZAÇÃO COMPLEMENTAR DA AVÓ PATERNA – IMPOSSIBILIDADE DE VERIFICAÇÃO – REEXAME DE PROVAS – SÚMULA 07/STJ – RECURSO NÃO CONHECIDO. 1 – A teor da jurisprudência desta Corte, "a responsabilidade dos avós de prestar alimentos aos netos não é apenas sucessiva, mas também complementar, quando demonstrada a insuficiência de recursos do genitor." (Resp 579.385/SP, Rel. Min. NANCY ANDRIGHI, DJ de 04/10/2004). […] (STJ, REsp 804.150/DF, Rel. Min. Jorge Scartezzini, 4ª Turma, DJ 22.05.2006)

Assim sendo, não é caso de extinção do processo sem resolução de mérito, visto que a condição financeira da genitora da Recorrente pode ser aferida durante a instrução processual, julgando-se procedente, ou não, a ação de alimentos.

Por outro lado, não deve ser acolhido o pleito de pensão provisória, visto que, do contrário, haveria supressão de instância, devendo a questão ser decidida no Juízo *a quo*.

Diante do exposto, conheço da Apelação interposta, dando-lhe parcial provimento, desfazendo a sentença fustigada, outra devendo ser prolatada após a devida instrução processual, examinando-se o mérito da demanda.

Fortaleza, 21 de novembro de 2011.

Apelação Cível nº. 451285-28.2000.8.06.0000/0
Apelante: Fiat Administradora de Consórcios Ltda.
Apelada: Josefa Marli de Andrade Lima
Relator: Des. Ademar Mendes Bezerra

EMENTA: CIVIL. PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO ORDINÁRIA COM O FITO DE SE OBTER CARTA DE CRÉDITO ORIUNDA DE CONSÓRCIO CAPITANEADO PELA APELANTE. PERDA DO OBJETO DO RECURSO EM RAZÃO DO TERMO FINAL DO CONTRATO. APELAÇÃO A QUE SE NEGA SEGUIMENTO.

- A demandante, ora apelada, alega que sua filha, Rosaly de Andrade Lima, aderiu ao Consórcio, ora recorrente, para adquirir um Fiat Pálio EX 4P em 09 de dezembro de 1998. Em razão de seu falecimento, em 11 de fevereiro de 1999, vítima de homicídio, veio a autora requerer a liberação, pela ré, da Carta de Crédito em seu favor, com base no ítem VII do Contrato de Adesão que estipula a morte como uma das causas de quitação do saldo devedor.
- Tendo o Consórcio chegado ao seu termo final, na data de 09 de novembro de 2003, restou prejudicado o apelo, haja vista todas as matérias devolvidas se restringirem à impossibilidade de liberação da Carta de Crédito antes do citado termo.
- Apelação prejudicada pela perda do objeto.

ACÓRDÃO:

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos da Apelação Cível nº. 451285-28.2000.8.06.0000/0, em que figuram as partes acima indicadas, acorda a Segunda Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Ceará, por unanimidade, em negar seguimento ao recurso, nos termos do voto do Relator.

Fortaleza, 18 de agosto de 2010.

RELATÓRIO

Cuidam os autos de Apelação Cível, interposta por Fiat Administradora de Consórcios Ltda., contra a sentença proferida pelo Juiz de Direito da 20ª Vara Cível da comarca de Fortaleza, que julgou procedente Ação Ordinária cumulada com Pedido de Tutela Antecipada ajuizado pela apelada.

Na inicial da referida ação (fls. 03/13), a demandante alega que sua filha, Rosaly de Andrade Lima, aderiu ao Consórcio demandado para adquirir um Fiat Pálio EX 4P em 09 de dezembro de 1998. Em razão de seu falecimento, em 11 de fevereiro de 1999, vítima de homicídio, e por não ter filhos, seus pais são seus legítimos sucessores.

Com a renúncia, devidamente escriturada em Cartório, em favor da promovente, por parte do pai, Sr. Raimundo Nonato de Lima, da parte que lhe cabe no consórcio, veio a autora requerer a liberação, pela ré, da Carta de Crédito em seu favor, com base no ítem VII do Contrato de Adesão que estipula a morte como uma das causas de quitação do saldo devedor.

Aduz que enviou à Seguradora toda a documentação necessária à quitação, sendo esta deferida no dia 13 de abril de 1999. Apesar disto, afirma que a promovida continua se recusando a liberar a Carta, obrigando a autora a esperar por sorteios ao longo de 05 anos.

Ao final, requer a concessão de liminar ou julgamento antecipado da lide para a liberação da Carta de Crédito, além da condenação em honorários fixados em 20% sobre o valor da condenação.

Juntou documentos às fls. 14/50.

Decisão *inaudita altera pars*, às fls. 52/54, concedeu a tutela antecipada para determinar a imediata liberação da Carta.

Em sua contestação, às fls. 64/70, a promovida alegou, preliminarmente, que a autora não provou de forma adequada o grau de parentesco com a falecida, pois juntou certidão de óbito em lugar da certidão de nascimento, gerando a carência de ação por irregularidade de representação. Argüiu, ainda em sede de preliminar, a incompetência absoluta do juízo da 20ª Vara Cível em favor de uma das Varas de Sucessões.

Quanto ao mérito, alega que a autora não pode ter privilégio, em detrimento dos demais consorciados, de receber a Carta de Crédito sem se submeter ao procedimento regular do consórcio, a saber, a liberação da Carta após sorteio ou lance. Aduz que a autora não provou a quitação, nem seu estado de necessidade financeira.

Réplica, às fls. 45/51.

Decisão, à fl. 54, liberando, mediante pagamento de caução, a quantia, equivalente à Carta de Crédito, depositada pela ré. Caução fidejussória prestada, à fl. 55. Levantamento do depósito, à fl. 56.

Tentativa de acordo frustrada, à fl. 59.

Na sentença ora recorrida (fls. 61/74), o MM. Juiz *a quo* manteve a decisão que concedeu a tutela antecipada, julgando procedente a ação para condenar a promovida a liberar a Carta de Crédito em favor da autora e fixou os honorários advocatícios em 20% sobre o valor da condenação.

Nas razões de apelação, fls. 75/80, devolveu o que se segue: a) incompetência absoluta, pois a ação deveria ter sido proposta perante uma das Varas de Sucessões; b) a autora deve se submeter às mesmas regras aplicáveis aos demais consorciados, sob pena de ofensa à *Pacta Sunt Servanda*. Afirma que, por força do contrato de adesão, ainda não

surgiu o direito para a apelada de receber a Carta de Crédito, pois não foi contemplada nos termos do referido instrumento contratual; c) o art. 13, § 1º do contrato dispõe que o consorciado não contemplado que pagar, antecipadamente, as prestações vincendas, somente terá direito à aquisição do bem ou conjunto de bens após a sua contemplação por sorteio; d) a cláusula 36 do contrato estipula que os herdeiros e sucessores podem desistir ou permanecer no consórcio, hipótese em que se submeterão a todas as regras do negócio jurídico; e) sentença extra *petita* no capítulo em que dispôs não ser admissível que a autora seja impingida a permanecer no grupo após o falecimento da consorciada, pois em momento algum ocorreu tal fato.

Contrarrazões recursais, às fls. 83/96.

Requerimento de extração de carta de sentença formulado, às fls. 98/141, indeferido, uma vez que a apelação foi recebida em ambos os efeitos, à fl.143.

Petição da apelada, às fls. 156/157, aponta a perda do objeto recursal, uma vez que o consórcio tinha como termo final a data de 09 de novembro de 2003. Ultrapassada esta data, restou prejudicado o apelo.

Às fls. 165/168, parecer Ministerial pela improcedência da apelação.

Após sucessivas redistribuições, recebi os autos, à fl. 190.

É o relatório.

VOTO

O presente recurso devolveu as seguintes matérias: a) incompetência absoluta, pois a ação deveria ter sido proposta perante uma das Varas de Sucessões; b) a autora deve se submeter às mesmas regras aplicáveis aos demais consorciados, sob pena de ofensa à *Pacta Sunt Servanda*. Afirma que, por força do contrato de adesão, ainda não surgiu o direito para a apelada de receber a Carta de Crédito, pois não foi contemplada nos termos do referido instrumento contratual; c) o art. 13, § 1º do contrato dispõe que o consorciado não contemplado que pagar, antecipadamente, as prestações vincendas, somente terá direito à aquisição do bem ou conjunto de bens após a sua contemplação por sorteio; d) a cláusula 36 do contrato estipula que os herdeiros e sucessores podem desistir ou permanecer no consórcio, hipótese em que se submeterão a todas as regras do negócio jurídico; e) sentença extra *petita* no capítulo em que dispôs não ser admissível que a autora seja impingida a permanecer no grupo após o falecimento da consorciada, pois em momento algum ocorreu tal fato.

É incontestável a perda do objeto do presente recurso apelatório. Veja-se que todas as matérias devolvidas se referem à forma de cumprimento de contrato, por tempo determinado, que, ao final, entregaria à apelada a Carta de Crédito requerida. Deste modo, a irresignação contra a sentença que confirmou a liminar, ordenando a liberação da Carta, deixou de ter relevância jurídica, na medida em que, com o fim do consórcio, a apelada receberia de qualquer forma o documento requestado.

Ressalta-se que a recorrente, não devolveu quaisquer matérias estranhas

à relação contratual, ou quaisquer espécies de compensações financeiras por parte da recorrida, de modo que o fim do consórcio importa, indubitavelmente, na perda da razão de ser do apelo.

À vista do exposto, nego seguimento à apelação pela perda de seu objeto.

É como voto.

Fortaleza, 18 de agosto de 2010.

PROCESSO Nº 459358-86.2000.8.06.0000/0
TIPO DA AÇÃO: Apelação Cível
COMARCA: São Luis do Curu
PARTES:
APELANTE: 1. José Rodrigues da Silva
2. Benedita Paz da Silva
APELADOS: 1. José Capistrano Farias Barroso
2. HSBC Bamerindus Seguros S/A
RELATOR: Des. Francisco Suenon Bastos Mota
ÓRGÃO JULGADOR: 5ª Câmara Cível

EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE REPARAÇÃO DE DANOS MORAIS E MATERIAS. ACIDENTE. ATROPELAMENTO QUE RESULTOU NA MORTE DE MENOR, FILHO DOS ORA RECORRENTES. RESPONSABILIDADE CIVIL OBJETIVA DO CONDUTOR DO VEÍCULO ATROPELADOR NÃO COMPROVADA. CULPA EXCLUSIVA DA VÍTIMA. AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DOS FATOS, DO DANO E DO NEXO DE CAUSALIDADE. INEXISTÊNCIA DO DEVER DE INDENIZAR. SENTENÇA MANTIDA. APELO CONHECIDO E IMPROVIDO:

I - A análise dos elementos fáticos e jurídicos colacionados no feito processual, bem como dos depoimentos acima transcrito, revela que, diferentemente do que alegam os apelados, não houve a comprovação pelos recorrentes da existência dos requisitos caracterizadores da responsabilidade civil do recorrido, condutor do automóvel na fatídica manhã que resultou no atropelamento e morte do seu filho, Cícero Paz da Silva, à época com 13 (treze) anos de idade.

II - Verificando as provas colacionadas nos autos, é inquestionável que a "certeza" do ocorrido não se deveu à velocidade desenvolvida, como quer crer os apelantes, e sim pelo surgimento inesperado da vítima cortando na frente do veículo dirigido pelo promovido/recorrido, isso pedalando uma bicicleta, e não dando tempo ao apelado de frear ou buzinar.

III - Uma vez não demonstrado o liame de causalidade entre o ato do condutor do veículo e o dano causado à vítima, inexiste o dever de indenizar.

IV - Apelação cível conhecida e improvidas.

Vistos, relatados e discutidos os autos do recurso de apelação nº 459358-86.2000.8.06.0000/0, 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 cível, negando-lhe, contudo, provimento, nos termos do voto do Desembargador Relator.

RELATÓRIO

Cuida-se de **APELAÇÃO CÍVEL** interposta por **José Rodrigues da Silva** e sua esposa **Benedita Paz da Silva**, figurando como apelados **José Capistrano Farias Barroso** e **HSBC Bamerindus Seguros S/A,** em face de sentença proferida pelo MM Juiz de Direito da Vara Única da Comarca de São Luis do Curu que, em sede de Ação Ordinária de Reparação de Danos, julgou improcedente o pedido formulado na inicial.

Como bem relatado pelo d. Magistrado *a quo* às fls. 264/273, alegam os promoventes o seguinte:

> "(...) que no dia 12 de agosto e 1995, na BR – 222, Km 77, seu filho foi vítima fatal de acidente automobilístico causado por culpa do requerido, que naquela ocasião conduzia seu veículo em BR de intenso tráfego e desprovido de sinalização, em velocidade incompatível com o local.
>
> (...) que o fato de ter sido o promovido absolvido no juízo criminal, não o exime da responsabilidade civil, posto que, como entende, esta responsabilidade é independente daquela e a absolvição criminal se deu por insuficiência de provas.
>
> Por fim, pugnam os promoventes pela procedência da ação e consequente condenação do acionado a indenizá-los pelos danos materiais e morais sofridos, estes na ordem de R$ 30.000,00 (trinta mil reais) e aqueles em R$ 74.880,00 (setenta e quatro mil, oitocentos e oitenta reais) "

Regularmente citado, a parte requerida apresentou peça contestatória, pugnando pela extinção do feito, sem julgamento de mérito e consequente condenação dos acionantes ao ônus de litigância de má-fé, tendo em vista ter sido absolvido no juízo criminal, com sentença transitado em julgado.

Às fls. 129/135, a litisdenunciada pugna, em suma, pela improcedência da ação, pois entende que a culpa pelo acidente foi exclusivamente da vítima.

Após, o MM Juiz *a quo* julgou improcedente o pedido formulado na inicial, (fls. 264/273), por entender que o acidente se deu por culpa exclusiva da vítima.

Inconformados com a decisão, os promoventes interpuseram, tempestivamente, recurso apelatório às fls. 282/292, sustentando, como razões de

reforma, que os depoimentos das testemunhas ouvidas são totalmente contraditórios, desmerecendo, portando, qualquer crédito. Segue afirmando que o apelado trafegava em velocidade inadequada para o local, que se trata de zona urbana, bem como que o processo civil independe do processo criminal.

Em suas contrarrazões de fls. 299/314, pede recorrido o desprovimento do apelo, dizendo que o magistrado agira de acordo com a prova levantada pelas partes, evidenciadoras de que não tivera culpa pelo acidente.

Rebatimento da parte denunciada às fls. 315/322.

Após os autos foram remetidos a Justiça Estadual.

Nesta instância, a douta Procuradoria Geral de Justiça, em manifestação às fls. 343/345, deixou de proferir parecer de mérito, tendo vista a ausência de interesse público a ensejar a intervenção do *parquet.*

É o breve relatório.

VOTO

Admissibilidade. Conheço do presente recurso, porquanto presentes os pressupostos recursais de admissibilidade intrínsecos e extrínsecos.

No presente caso, os recorrentes se mostram inconformados com a sentença prolatada, alegando *error in judicando,* vez que alegam que os depoimentos das testemunhas ouvidas são totalmente contraditórios, desmerecendo, portando, qualquer crédito, bem como que o apelado trafegava em velocidade inadequada para o local, que se trata de zona urbana, e que o processo civil independe do processo criminal.

A pretensão dos ora apelantes em receber indenização pelos danos sofridos foi indeferida pelo juiz sentenciante sob o fundamento de não se encontrar no processo a comprovação dos fatos alegados, isto é, a demonstração efetiva da conduta culposa ou dolosa do recorrido na condução do seu veículo.

A responsabilidade civil retratada nos autos é **subjetiva**, necessitando, assim, para a sua caracterização, dos seguintes elementos: **(1)** conduta do agente (ação ou omissão voluntária); **(2)** relação de causalidade ou nexo causal; **(3)** dano; e **(4)** elemento subjetivo – culpa *lato sensu* –.

Presentes estes 4 (quatro) elementos, é de se reconhecer o dever de indenizar, salvo se a parte contrária demonstrar a presença de algum excludente de ilicitude (*v.g*., culpa exclusiva da vítima; fato de terceiro; caso fortuito e a força maior).

Conforme lição de Sílvio de Salvo Venosa[1], o ato de vontade no campo da responsabilidade deve revestir-se de ilicitude, sendo que nesta, há, geralmente, uma cadeia de atos ilícitos, uma conduta culposa. Vejamos:

> "(...) Raramente a ilicitude ocorrerá com um único ato. O ato ilícito traduz-

1 *Direito Civil – Responsabilidade Civil.* São Paulo: Jurídico Atlas, 2003, p. 22.

> se em um comportamento voluntário que transgride um dever. Como já analisamos, ontologicamente o ilícito civil não difere do ilícito penal; a principal diferença reside na tipificação estrita deste último.
>
> Na responsabilidade subjetiva, o centro do exame é o ato ilícito. O dever de indenizar vai repousar justamente no exame de transgressão ao dever de conduta que constitui o ato ilícito. Como vimos, sua conceituação vem exposta no art. 186 (antigo art. 159). Na responsabilidade objetiva, o ato ilícito mostra-se incompleto, pois é suprimido o substrato da culpa. No sistema da responsabilidade subjetiva, o elemento subjetivo do ato ilícito, que gera o dever de indenizar, está na imputabilidade da conduta do agente".

A conduta do agente no caso ora em análise, foi a condução, pelo apelado, de veículo marca Pampa Ford que transitava no sentido Fortaleza – a Sobral, na altura do Km 77, no Município de São Luis do Curu, e ao chegar nesta cidade, mais precisamente sobre a ponte do rio Curu, cruzou com um Fiat branco que trafegava em sentido contrário, ocasião em que atropelou e matou o menor Cícero Paz da Silva.

Tal fato restou devidamente comprovado pelo Inquérito Policial instaurado, através de Portaria, pelo Departamento de Polícia Civil (f. 23 e 23v), pelo depoimento da testemunha Lindemberg Martins Nogueira (f. 28), única testemunha "de visu" do acidente, e pelas declarações de José Capistrano de Farias (f. 28v), este condutor do automóvel atropelador.

O inquérito Policial relata:

> "As testemunhas em seus depoimentos, afirmam que, a vítima fora colhida, quando trafegava em uma bicicleta, sobre a ponte do rio Curú, pelo veículo de marca Pampa de placas HUL 1270-Ce, sendo socorridos pelo indiciado, no veículo ambulância, vindo a falecer antes de ser medicada. O veículo atropelador trafegava no sentido Fortaleza a Cidade de Sobral.
>
> …
>
> O indiciado em suas declarações confessa a autoria do acidente, alegando que no momento do acidente foi cruzado pelo veículo de marca Fiat, cor branca e logo em seguida a vítima travessou em sua frente, deixando-lhe impossibilitado de evitar o acidente, porquanto se encontrava sobre a ponte do Rio Curú, tendo prestado socorro a vítima, a qual faleceu quando era transportada para Fortaleza, tendo no mesmo dia comparecido a Delegacia da cidade de São Luiz do Curú, onde narrou a ocorrência delituoso."

No depoimento de f. 28, a testemunha Lindemberg Martins Nogueira afirma:

> "... o interrogado ia numa PICKUP, no sentido Fortaleza-Sobral, mas se destinava a Itapipoca e no sentido contrário, isso na ponte do Rio Curu, vinha um Fiat **e a vítima surgiu cortando na frente do veículo dirigido pelo interrogando, isso pedalando uma bicicleta, não dando tempo ao interrogando de frear ou buzinar, vez que a vítima surgiu de maneira**

> **inesperada na frente do seu veículo; que com o imposto, a vítima caiu para um lado e a bicicleta para o outro**; que a vítima caiu tão perto, que caiu na lombreira, isso é, na parte anterior do asfalto; que de imediato parou o veículo e socorreu a vítima e no local do acidente ouviu comentários que ciclistas ficavam pedalando sua bicicletas em cima da ponte;...que desenvolvia uma velocidade de 60 Km e o local do acidente era logo depois de uma descida; que o local onde se deu o fato não existe nenhuma sinalização para motorista nem para pedestre; que a pista era normal e o acidente se deu numa reta; que não podia de jeito nenhum evitar o acidente, pois, se desviasse para o lado esquerdo, colidiria com o Fiat mencionado e para o lado direito cairia no rio onde ficam pessoas lavando roupa..."

Nas declarações de fl. 28v, o condutor do automóvel atropelador, José Capistrano de Farias relata:

> "...que desenvolvia uma velocidade de 60 Kms e o local do acidente era logo depois de uma descida; que no local onde se deu o fato não existe nenhuma sinalização para motorista e nem para pedestres; que a pista era normal e o acidente se deu numa reta; que não podia de jeito nenhum evitar o acidente, pois se desviasse para o lado esquerdo, colidiria com o Fiat mencionado e para o lado cairia no rio onde ficam pessoas lavando roupa, inclusive neste dia tinham muitas pessoas no local, isto é, no rio;... que se chegou a freias o veículo, foi quando já estava atropelando a vítima;"

A análise dos elementos fáticos e jurídicos colacionados no feito processual, bem como dos depoimentos acima transcrito, revela que, diferentemente do que alegam os apelados, não houve a comprovação pelos recorrentes da existência dos requisitos caracterizadores da responsabilidade civil do recorrido, condutor do automóvel na fatídica manhã que resultou no atropelamento e morte do seu filho, **Cícero Paz da Silva**, à época com 13 (treze) anos de idade.

A meu ver, a conduta do condutor do veículo atropelador (direção do automóvel Pampa – Ford) não restou evidenciada como o sujeito juridicamente responsável pela morte do menor, senão vejamos

A "suposição de culpa" arguida pelos recorrentes, se deve ao suposto desenvolvimento de "alta velocidade" pelo apelado. No entanto, no meu entendimento, verificando as provas colacionadas nos autos, é inquestionável que a "certeza" do ocorrido não se deveu à velocidade desenvolvida, como quer crer os apelantes, e sim pelo surgimento inesperado da vítima cortando na frente do veículo dirigido pelo promovido/recorrido, isso pedalando uma bicicleta, e não dando tempo ao apelado de frear ou buzinar.

De igual forma, o magistrado singular, pelas provas colhidas nos autos, entendeu que "a culpa pelo acidente foi da vítima, que, sem observar as cautelas devidas, tentou sair de um lado para outro da BR 222, obstando inesperadamente a via normal de tráfego em que o acionado, em baixa velocidade, conduzia seu veículo com destinho

a Itapipoca, impossibilitando-o de dar à ação do acidente um desfecho diferente."

A testemunha Lindemberg Martins Nogueira, por ter presenciado o acidente, forneceu, a meu ver, detalhes precisos em seu depoimento que conclui que a culpa pelo acidente se deu, exclusivamente, pela vítima, ou seja, o menor **Cícero Paz da Silva**.

Ademais, as partes promoventes, agora recorrentes, não conseguiram, em nenhum momento, provar que cabia ao recorrido a culpa pelo acidente sucedido. Não ofertaram os demandantes argumentos convincentes em seu prol.

Vale registrar que, trafegando em uma ponte e tendo ainda tráfego de ida e vinda, não há como um veículo desenvolver velocidade superior a que recomendada pela prudência.

Desta forma, por não terem os apelantes comprovado a existência dos quatro elementos necessários à caracterização da responsabilidade civil, não cabe a este julgador outra alternativa processual senão manter na íntegra a sentença recorrida.

Do exposto, conheço do recurso e nego-lhe provimento.

É como voto.

Fortaleza, 02 de fevereiro de 2011.

Apelação Cível nº 55119-28.2005.8.06.0001/1, oriunda da 20ª Vara Cível da Comarca de Fortaleza.
Apelante: Maria Imaculada Viana Farias.
Apelado: Nestor Paes de Oliveira.
Relatora: Desa. Maria Iracema Martins do Vale.

EMENTA: DIREITO PROCESSUAL CIVIL. LEGITIMIDADE *AD CAUSAM*. CONDIÇÃO DA AÇÃO QUE SE CONFUNDE COM O PRÓPRIO MÉRITO. NECESSIDADE DE ANÁLISE CONJUNTA. RETORNO DOS AUTOS À PRIMEIRA INSTÂNCIA PARA REALIZAÇÃO DE AUDIÊNCIA DE INSTRUÇÃO.

1. A controvérsia a ser dirimida nos presentes autos versa sobre a regularidade da declaração de ilegitimidade ativa e passiva *ad causam*.

2. Compulsando os autos, observa-se que a ilegitimidade das partes não é manifesta, mas, ao contrário, existem diversos indícios de que tanto o recorrido quanto a recorrente possuem legitimidade para atuar na presente demanda.

3. Está demonstrada de maneira clara a íntima relação existente entre a legitimidade processual das partes e o direito material em questão, circunstância que impõe sua análise conjunta.

4. Por esta razão, somente poderia o julgador *a quo* declarar a ilegitimidade *ad causam* após a produção de provas em audiência, como inclusive começou a fazer ao intimar as partes para especificar as provas que pretendiam produzir na fase instrutória.

- Apelação conhecida e provida.
- Sentença anulada.
- Unânime.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de Apelação Cível nº 55119-28.2005.8.06.0001/1, 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 da apelação interposta, para dar-lhe provimento, anulando a sentença recorrida, nos termos do voto da Relatora.

RELATÓRIO

Cuidam os presentes autos de Apelação Cível interposta em face de sentença proferida pelo Juízo da 20ª Vara Cível da Comarca de Fortaleza que extinguiu o processo por ilegitimidade das partes.

O caso/a ação originária: Maria Imaculada Viana Farias ajuizou ação ordinária, visando a declaração de nulidade da obrigação de pagamento dos valores declarados no mútuo firmado junto ao promovido, por ser o mesmo fruto de agiotagem, bem como a devolução em dobro do que já foi pago, sustação dos cheques com a devolução dos mesmos e condenação em danos morais. Nestor Paes de Oliveira, por ocasião de sua **contestação** (fls. 110/122), aduziu, em síntese, a ilegitimidade ativa e passiva *ad causam* e a inexistência de danos morais.

A sentença: às fls. 163/167, o Juízo *a quo* decidiu pela **extinção do processo sem resolução de mérito**. Transcrevo o dispositivo da sentença, no que interessa:

> "Por tais razões, com referência aos pedidos a, b, c acima referenciados, julgo a autora carecedora da ação proposta e extingo o processo sem julgamento do mérito, o que faço com esteio no art. 267, VI e 295, II, todos do CPC.
> Com referência ao pedido de Dano Moral, pedido "d" acima referenciado, julgo improcedente a ação, nos termos do art. 269 do CPC".

Apelação: irresignada, a promovente interpôs recurso (fls. 182/189), aduzindo serem as partes legítimas, o que poderia ser observado das provas já produzidas e das requeridas, sendo por esta razão irregular o julgamento antecipado da lide.

Contrarrazões: às fls. 191/195, na qual foi requerida a manutenção da sentença, em todos os seus termos.

É o relatório.

Revisão feita pelo Excelentíssimo Senhor Desembargador Lincoln Tavares Dantas.

VOTO

A controvérsia a ser dirimida nos presentes autos versa sobre a regularidade da declaração de ilegitimidade ativa e passiva *ad causam*.

Compulsando os autos, observa-se que a ilegitimidade das partes não é manifesta, mas, ao contrário, existem diversos indícios de que tanto o recorrido quanto a recorrente possuem legitimidade para atuar na presente demanda.

Como sabido, a alegação de agiotagem envolve questões de natureza fática que exigem a produção de prova para solução do litígio. Logo, somente é possível aferir a existência da relação negocial firmada entre as partes e sua eventual irregularidade após a audiência de instrução e julgamento.

É um dos casos que demonstra de maneira clara a íntima relação existente entre a legitimidade processual e o direito material em questão, circunstância que impõe sua análise conjunta. É neste sentido o escólio de José Roberto dos Santos Bedaque (*in Direito e processo. Influência do direito Material sobre o Processo*. 5. Ed. São Paulo. Moderna: 2009, pág. 108):

> "A legitimidade processual nada mais é do que reflexo da própria legitimação de direito material. Da mesma forma que a validade e eficácia de um ato concernente a relação jurídica substancial depende de estar o agente investido de condição legal para praticá-lo, também o ato processual consubstanciado na demanda deve envolver sujeitos que, em tese, encontram-se naquela situação da vida trazida à apreciação do juiz. (...). É sempre a situação substancial afirmada que determina a legitimação."

No caso, o magistrado sentenciante fundamentou sua decisão no fato de que "*a promovente não apresentou aos autos qualquer contrato de mútuo*" e que "*os títulos de crédito os quais pretende a promovente serem suspensos os pagamentos e à ela devolvidos são todos emitidos por TERCEIROS*" (fl. 165).

No entanto, as referidas questões foram justificadas de maneira razoavelmente plausível na inicial, aduzindo ser o contrato verbal e que os cheques lhe foram emprestados. Tais argumentos não podem ser simplesmente desconsiderados, exigindo-se para sua superação a demonstração de que as provas produzidas não se mostraram suficientes para a formação do convencimento.

Entre outros indícios, um dos principais dados a apontar a possível relação negocial entre os litigantes é o fato de que em todos os cheques de fls. 128/138v consta escrito a mão o prenome do apelado e que a maioria de seus titulares possuem provável vínculo de parentesco com a apelante, uma vez que compartilham do sobrenome *Farias*.

Por esta razão, somente poderia o julgador *a quo* declarar a ilegitimidade *ad causam* após a necessária produção de provas em audiência, como inclusive começou a fazer ao intimar as partes para especificar as provas que pretendiam produzir na fase instrutória (fl. 157v).

No que toca ao momento do exame das condições da ação, oportuno trazer a lume a lição dos professores Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery no sentido de que (*in Código de Processo Civil Comentado e legislação extravagante*, 8ª ed. . São Paulo, RT, 2004), *verbis*:

> "Já no exame da peça vestibular deve o juiz verificar a existência das condições da ação. Se a parte for manifestamente ilegítima ou carecer o autor de interesse processual, o juiz deve indeferir a petição inicial (CPC 295 II e III). **Quando a ilegitimidade da parte não for manifesta, mas depender de prova, o juiz não poderá indeferir a inicial**."

O Superior Tribunal de Justiça já se manifestou no mesmo sentido, como

se extrai do excerto jurisprudencial que segue transcrito:

> "PROCESSUAL CIVIL. SANEADOR. PRELIMINAR DE LEGITIMIDADE. EXAME CONJUNTO COM O MÉRITO. POSSIBILIDADE. 1. "**É razoável deixar o exame de preliminar que se confunde com o mérito para o exame conjunto.**" Precedente". (...). (REsp 135.791/SP). (AgRg no Ag 794.398/RJ, Rel. Ministro CARLOS FERNANDO MATHIAS (JUIZ FEDERAL CONVOCADO DO TRF 1ª REGIÃO), QUARTA TURMA, julgado em 04/11/2008, DJe 17/11/2008)

Portanto, a anulação da sentença é medida que se impõe.

DISPOSITIVO

Diante do exposto, **conheço do apelo manejado, para dar-lhe provimento, anulando a sentença recorrida**, com o fim específico de declarar que o exame da legitimidade processual se confunde com o próprio mérito do litígio, só podendo ser plenamente apreciado após a instrução probatória, razão pela qual devem os autos retornar à primeira instância para seu regular processamento.

É como voto.

Fortaleza, 10 de agosto de 2011.

PROCESSO Nº 5700-81.2001.8.06.0000/0
APELAÇÃO CÍVEL
APELANTES: EUGÊNIO CÉSAR DE CARVALHO FERREIRA E EVELYNE BARBOSA DE CARVALHO FERREIRA
APELADO: CONSTRUTORA ESTRELA LTDA
RELATORA: DESEMBARGADORA MARIA NAILDE PINHEIRO NOGUEIRA

EMENTA: AÇÃO DE RESCISÃO CONTRATUAL. CONTRATO DE PROMESSA DE COMPRA E VENDA FIRMADO ENTRE INCORPORADORA E PARTICULARES. VEICULAÇÃO DE NOTÍCIA, NO CURSO DO CONTRATO, DANDO CONTA DE QUE ALGUNS APARTAMENTOS DA CONSTRUTORA IRIAM A LEILÃO. SITUAÇÃO QUE FOI IMEDIATAMENTE CONTORNADA PELA EMPRESA, LOGRANDO MEDIDAS SUSPENSIVAS NO ÂMBITO JUDICIAL, ENCAMINHANDO CARTAS A TODOS OS SEUS CLIENTES. INADIMPLÊNCIA DOS PROMITENTES COMPRADORES SUPOSTAMENTE MOTIVADA NA EXCEPTIO NON ADIMPLENDI CONTRACTUS. INVIABILIDADE. EMPREENDIMENTO ENTREGUE DENTRO DO PRAZO CONTRATUAL. IMPOSSIBILIDADE, ADEMAIS, DE OS PACTUANTES SIMPLESMENTE DEIXAREM DE HONRAR SUAS PRESTAÇÕES SEM SEQUER INFORMAREM A EMPRESA DAS RAZÕES RESPECTIVAS OU MESMO AJUIZAREM AS MEDIDAS JUDICIAIS DE RESCISÃO, PARA FINS DE DESCARACTERIZAÇÃO DA MORA. DEVOLUÇÃO DOS VALORES PAGOS. POSSIBILIDADE, DEDUZIDAS AS PERDAS E DANOS. FIXAÇÃO DESTAS EM 40% SOBRE AS QUANTIAS PAGAS PELOS PROMITENTES COMPRADORES. DEVOLUÇÃO DOS 60% REMANESCENTES. RAZOABILIDADE E PROPORCIONALIDADE NO CRITÉRIO DE FIXAÇÃO. SENTENÇA MANTIDA. APELAÇÃO CONHECIDA E DESPROVIDA.

ACÓRDÃO:

Vistos, relatados e discutidos os autos do proc. nº **5700-81.2001.8.06.0000/0,** 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, mantendo a sentença em todos os seus termos, para o fim de considerar rescindido o contrato de promessa de compra e venda de unidade habitacional firmado entre as partes, mantendo-se a condenação da parte Apelada à devolução de apenas 60% dos valores recebidos, ficando os 40% remanescentes havidos como perdas e danos, tudo devidamente atualizado monetariamente, em oportuna fase de liquidação/cumprimento de sentença, nos termos do voto da Desa. Relatora.

RELATÓRIO

Cogita-se de Apelação Cível interposta por **EUGÊNIO CÉSAR DE CARVALHO FERREIRA E EVELYNE BARBOSA DE CARVALHO FERREIRA** em face de **CONSTRUTORA ESTRELA LTDA** impugnando sentença oriunda do juízo da 18ª Vara Cível da Comarca de Fortaleza-CE que, nos autos da ação de origem, julgou procedente a Ação de Rescisão Contratual ajuizada pela Construtora para "declarar rescindido o contrato de folhas 13/27 (Instrumento Particular de Compra-e-Venda firmado entre as partes), complementado pelo contrato-resumo de folhas 28/32, consolidando o direito da autora de alienar o bem imóvel objeto do contrato ora rescindido" (fl. 193), além de acolher o pedido autoral alusivo à devolução de apenas 60% (sessenta por cento) do que restou pago, ficando os 40% remanescentes como perdas e danos, julgando, ainda, improcedente a reconvenção ajuizada pelas partes ora Apelantes.

Na exordial, a Construtora Estrela Ltda narra que firmou com as partes ora Apelantes, no dia 26 de abril de 1995, um Contrato de Promessa de Compra e Venda de Unidade Habitacional em Regime de Incorporação a Prazo e Preço Certos", envolvendo inicialmente a unidade imobiliária autônoma constante do apartamento 1.501 do empreendimento STAR PLACE II. Em 11 de março de 1996, a autora narra que as partes firmaram Termo de Rescisão de Contrato Particular de Promessa de Compra e Venda de Imóvel Com Aproveitamento de Crédito para outra Unidade, no âmbito do qual considerou-se rescindida a promessa de compra e venda do apartamento nº 1.501 do empreendimento STAR PLACE II, com transferência do crédito (à época em R$ 13.770,47 – treze mil setecentos e setenta reais e quarenta e sete centavos) para um contrato de promessa de compra e venda do apartamento 502 do empreendimento STAR CITY IV e V, Bloco ZETA STAR.

Ainda segundo a narrativa vestibular, as partes teriam acordado que o preço total da unidade, no valor de R$ 76.344,97 (setenta e seis mil, trezentos e quarenta e quatro reais e noventa e sete centavos), seria pago da seguinte maneira: i) entrada

de R$ 13.770,47 (treze mil setecentos e setenta reais e quarenta e sete centavos), correspondente ao crédito havido do empreendimento anterior; ii) 52 (cinquenta e duas) parcelas de R$ 950,86 (novecentos e cinquenta reais e oitenta e seis centavos), reajustáveis pelo índice INCC, mediante entrega de notas promissórias em caráter *pro solvendo;* iii) uma parcela representativa das chaves, no valor de R$ 13.129.76 (treze mil cento e vinte e nove reais e setenta e seis centavos).

Sucede que, das 52 (cinquenta e duas) parcelas, as partes ora Apelantes quitaram apenas 7 (sete), além do valor de entrada, que foi recebido como transferência de crédito do empreendimento que anteriormente havia sido adquirido pelos réus, de modo que a quantia remanescente, atualizada na época do ajuizamento da ação em R$ 43.714,48 (quarenta e três mil, setecentos e quatorze reais e quarenta e oito centavos), ainda se encontrava em aberto.

Tal situação motivou a construtora a expedir uma notificação extrajudicial, por meio do Cartório Pergentino Maia, desta capital, concedendo o prazo de 15 (quinze) dias para o pagamento, sucedendo, após o descumprimento, nova notificação, desta feita por meio do Cartório Melo Júnior, que, de igual maneira, fracassou, com o não pagamento.

A Construtora Estrela Ltda narra, em seguida, que foi surpreendida com uma "contra-notificação" extrajudicial, em que as partes ora Apelantes sustentaram que não pagaram as prestações devido ao atrasado na entrega das obras, a despeito de, às suas instâncias, tal não ter ocorrido, já que o empreendimento foi entregue em março de 1997, dentro do prazo contratual.

Por tais razões, a Construtora postulou a declaração de rescisão contratual do Instrumento Particular de Promessa de Compra e Venda firmado entre as partes, pelo inadimplemento dos réus, consolidando-se o direito de alienação da unidade sem qualquer restrição, e mantendo-se, em seu favor, a quantia de R$ 7.536,22 (sete mil, quinhentos e trinta e seis reais e vinte e dois centavos), referente às perdas e danos.

Em contestação (fls. 54/60), os réus sustentaram, em primeiro lugar, que somente realizaram a permuta do Empreendimento Star Place II para o empreendimento Star City IV e V porque tomaram conhecimento da difícil situação financeira da Construtora Estrela e, ainda, da problemática jurídica relacionada à situação do bem objeto do empreendimento Star Place II.

No que tange ao contrato de permuta que resultou na firmação de uma nova promessa de compra e venda, desta feita no empreendimento Star City IV e V, sustentam que, em determinado momento, foram surpreendidos com uma correspondência da própria Construtora em que esta afirmou que o empreendimento sofria uma Ação Executiva aforada pelo Banco Bradesco, o que os motivou a deixar de pagar as prestações, por temor que a obra não se concretizasse.

Tal circunstância não impediu que os ora Apelantes buscassem uma composição amigável, o que supostamente teria sido sempre rejeitado pela Construtora Estrela Ltda, razão pela qual postularam a improcedência da ação.

Em reconvenção (fls. 61/67), sustentaram que no dia 26 (vinte e seis) de setembro de 1996 foi publicada uma matéria no jornal O POVO noticiando que o Banco Bradesco promoveria o leilão de 176 (cento e setenta e seis) apartamentos da Construtora. Tal notícia, embora não se relacionasse ao imóvel que os reconvintes estavam adquirindo, mostrava a péssima condição financeira em que se encontrava a Construtora Estrela Ltda, situação que não teria sido contornada pelo envio de uma carta, pela Construtora, aos seus clientes, informando-lhes de que a situação junto ao Banco Bradesco estava sendo resolvida.

Com base neste quadro fático, postularam a procedência da reconvenção com a rescisão do contrato por culpa exclusiva da empresa reconvinda, devendo esta suportar os ônus, entre eles o de devolver toda a quantia paga pelos reconvintes.

Às fls. 110/114 adormece réplica da empresa autora.

Contestação à Reconvenção às fls. 115/118.

Às fls. 136/143, o juízo da 18ª Vara Cível da Comarca de Fortaleza, pela pena de seu então titular e hoje Desembargador Francisco Barbosa Filho, antecipou a tutela jurisdicional perseguida, autorizando a Construtora Estrela Ltda a vender a unidade habitacional sem qualquer restrição.

Não houve produção de prova durante a instrução, subsistindo apenas a prova documental juntada por cada uma das partes.

Foram apresentados os memoriais de fls. 173/182.

Decorreu o prazo da parte autora de apresentar os seus memoriais (fl. 183).

O feito foi sentenciado às fls. 184/193, sendo pertinente transcrever a parte dispositiva da sentença, *verbis:* "Ante as razões acima expendidas onde restou demonstrado que os requeridos deram ensejo ao inadimplemento do contrato, julgo procedente o pedido inicial para declarar rescindido o contrato de folhas 13/27 (Instrumento Particular de Compra-e-Venda firmado entre as partes), complementado pelo contrato-resumo de folhas 28/32, consolidando o direito da autora de alienar o bem imóvel objeto do contrato ora rescindido. Acolho, também, o pedido autoral de devolver o valor total pago pelos promovidos mas na forma acima estipulada, levando em consideração que a autora obteve tutela antecipada para a venda do imóvel. Em consequência, rejeito a reconvenção de folhas 61/67." (fl. 193).

Contra esta sentença, os réus opuseram, inicialmente, embargos de declaração (fls. 195/198), os quais foram acolhidos para fixar os honorários advocatícios em 5% sobre o valor da causa.

Interpuseram, em seguida, o presente Apelo, em cujas razões (fls. 202/206), sustentam, em suma, que a razão do não pagamento das prestações foi a Ação Executiva movida pelo Banco Bradesco, impondo sério risco de que o investimento que fizeram no imóvel fosse desperdiçado.

O outro ponto de irresignação recai sobre o percentual pago a título de despesas havidas pela Construtora e perdas e danos. Segundo os apelantes, além de não ter havido perdas e danos, as despesas havidas pela Construtora não chegaram ao

patamar estipulado pela sentença, de modo que, também, neste ponto, a sentença merece reforma, embora os Apelantes não tenham apontado um valor que julgam suficiente para a solução da querela.

Decorreu o prazo sem contrarrazões (fl. 208v.).

A Procuradoria Geral de Justiça deixou de se manifestar, por entender que não havia interesse público na demanda (fls. 223/227).

Após sucessivas redistribuições (fls.229, 232, 235/236), vieram-me os autos conclusos.

É o relatório.

VOTO

Em sede de juízo de prelibação, reconheço presentes os pressupostos extrínsecos e intrínsecos de recorribilidade, razão pela qual a Apelação deve ser conhecida.

Conforme amplamente relatei, os autos noticiam a firmação de um contrato de promessa de compra e venda entre as partes litigantes de uma unidade habitacional do Condomínio STAR PLACE, contrato que veio posteriormente a ser rescindido, com transferência de todo o crédito para um novo contrato de promessa de compra e venda, desta feita em relação à unidade habitacional 502 do Empreendimento STAR CITY IV e V.

Toda a controvérsia que se discute nos presentes autos relaciona-se diretamente com as projeções normativas que serão emprestadas a um evento fático que ocorreu por volta do final de setembro e começo de outubro de 1996, quando os promitentes compradores deixaram de honrar suas prestações, alegando a *exceptio non adimplendi contractus*.

Neste período, uma notícia foi veiculada no Jornal O Povo, com ampla circulação em Fortaleza, dando conta que mais de 170 (cento e setenta) unidades habitacionais da Construtora Estrela LTDA iriam a leilão, por força de uma execução movida pelo Banco Bradesco em desfavor da empresa. Segundo se alega nos autos a unidade negociada entre as partes figurava entre aquelas que iriam a leilão.

O que sucedeu, no momento seguinte, foi que a própria Construtora Estrela LTDA se antecipou e enviou uma correspondência a todos os seus clientes, cuja importância, para o deslinde do presente caso, justifica a transcrição de seu conteúdo na íntegra, *verbis*:

> "Fortaleza, 09 de outubro de 1996.
> ILMO.(A) SR(A)
> EUGÊNIO CÉSAR DE C. FERREIRA
> NESTA
>
> Prezado cliente,

> No dia 20 de setembro último fomos, (Clientes e dirigentes da Estrela), surpreendidos com a publicação, no jornal O Povo, de um Edital de Leilão Público, no qual o BANCO BRADESCO S/A, através do Leiloeiro Oficial Enceslau Soares Machado, e autorizado pela MUTUAL APETRIM CRÉDITO IMOBILIÁRIO, realizaria o leilão dos 176 apartamentos do nosso empreendimento Star City I e II, no dia 08 de outubro corrente.
> O Edital publicado pelo BRADESCO, provavelmente para estimular o confronto entre nossos clientes e a ESTRELA, pecou pela falta de consistência legal, considerando haver relacionado trinta e quatro (34) apartamentos já devidamente quitados, registrados no Cartório de Imóveis e liberados pelo próprio Banco e pelo fato das demais unidades pertencerem a Estrela, uma vez que não ocorreu a execução judicial necessária para a efetivação do leilão.
> O nosso setor jurídico requereu sua nulidade através de Medida Cautelar, que foi acatada pelo MM Juiz da 14ª Vara Cível, DR. ANTÔNIO OLIMPIO CASTELO BRANCO, sendo determinada a suspensão de qualquer leilão relativo aos citados imóveis, cuja cópia da intimação endereçada ao Sr. Wenceslau Soares Machado, estamos enviando em anexo, para seu conhecimento.
> Quanto ao empreendimento Star City V, (Edifícios Sigma e Zeta) do qual V. Sa. É um dos adquirentes, temos o prazer de informar-lhe que suas obras prosseguem em ritmo normal, que inexiste qualquer financiamento externo (Bancos) e os apartamentos serão entregues no final de fevereiro próximo, portanto com um pequeno atraso em relação ao prazo estabelecido, plenamente justificável pela atual situação econômica do país, que provocou uma sensível inadimplência nos pagamentos das prestações assumidas.
> Ficamos a sua disposição para quaisquer outros esclarecimentos ao mesmo tempo em que renovamos nossos votos de estima e apreço (...)" (fl. 99)

A partir destes fatos, precisamente desde a prestação vencida em 15/10/1996, os ora Apelantes deixaram de honrar suas obrigações mensais, mas o fizeram sob o impulso de suas próprias convicções e sem que ajuizassem qualquer tipo de medida judicial para fins de resguardo dos direitos supostamente por eles titularizados, ou, ainda, sem que sequer notificassem o diretor da Construtora Estrela LTDA informando-lhe as razões do inadimplemento.

É bem verdade que as partes noticiam tentativas frustradas de negociação do débito, mas o fato é que não houve, pelo menos de forma documentada nos presentes autos, qualquer tipo de iniciativa no sentido de comunicar a Construtora Estrela LTDA acerca das razões do inadimplemento.

> Esta situação perdurou até 05/03/98, quando a Construtora Estrela LTDA expediu notificação extrajudicial às partes Apelantes para que pagassem os débitos atrasados, notificação que foi renovada em 03/04/98, sendo que, em 16/04/98, quase dois anos depois de deixarem de honrar as prestações, os ora Apelantes expediram notificação para a empresa a fim de que esta tomasse conhecimento de que não pagavam os débitos em razão da entrega tardia do empreendimento. Eis o teor da referida "contra-notificação",

> *verbis:*"(...) Considerando a notificação de nº 156849, oriunda do 3º Cartório de Registros de Títulos e Documentos de Fortaleza-CE, cujo objeto é o de dar ciência do desfazimento unilateral do contrato de promessa de compra e venda, acima identificado, fundamentado na inadimplência do contra-notificante, apresentando, no ensejo, os valores que entende devidos, a título de devolução das parcelas já quitadas;
> Considerando ainda que, tal conduta não encontra amparo legal, porquanto fruto de manifestação unilateral e ainda porque reverbera descontos indevidos e igualmente ilegais, para o fim de rescisão contratual;
> Considerando, outrossim, que o imóvel objeto do contrato em referência teve suas obras concluídas fora do prazo legal contratualmente ajustado, malferindo, assim, a cláusula Quinta, porquanto não presentes quaisquer dos motivos ali elencados para justificar o atraso;
> Considerando, finalmente, a nulidade de cláusulas contratuais, verificadas em face do Código de Defesa do Consumidor e legislação de regência, vimos pela presente, CONTRA-NOTIFICÁ_LO, no sentido de dar-lhe ciência que, caso não haja composição amigável, seja pela devolução integral das parcelas pagas, atualizada monetariamente, seja pela entrega do imóvel, com renegociação da dívida, no prazo improrrogável de 05 (cinco) dias, iremos adotar todas as medidas judiciais cabíveis para a proteção judicial do direito do promitente-comprador, ora maculados pelo procedimento de V. Sas.
> Atenciosamente(...)" (fl. 106)

Entretanto, Sr. Presidente, os argumentos expostos pelas partes Apelantes são nitidamente carentes de maior base jurídica, e assim me parecem basicamente por duas razões, a primeira de ordem fática, a segunda de ordem jurídica.

Em primeiro lugar, aproximadamente 5 (cinco) meses depois da notícia veiculada no Jornal O Povo, **o empreendimento denominado Star City IV e V foi entregue,** de modo que a Construtora Estrela LTDA **honrou com sua obrigação de edificar o empreendimento e entregá-lo no prazo contratual**.

Acerca do referido prazo, é de boa ordem esclarecer que o empreendimento deveria ser entregue até dezembro de 1996, segundo o contrato de rescisão e transferência de crédito de fls. 33/34 (onde se lê que as chaves seriam entregues em 15 de dezembro de 1996). Embora tenha sido entregue dois meses depois, o próprio contrato primitivo permitia uma prorrogação de 120 (cento e vinte dias), conforme cláusula quinta (fl. 13), ratificada expressamente no contrato de rescisão e transferência (conforme cláusula décima quarta – fl. 33).

Em outras palavras, a **obrigação da Construtora Estrela LTDA foi integralmente cumprida no plano dos fatos,** entregando-se o empreendimento dentro do prazo acordado contratualmente, pelo que se afasta, neste ponto, o argumento alusivo à chamada *exceptio non adimplendi contractus.*

Em segundo lugar, ainda que se admitisse que a notícia veiculada no Jornal O Povo legitimaria a rescisão contratual, esta deveria ter sido implementada em sede judicial, e não por força de iniciativa protagonizada pelas próprias partes, numa

espécie de um exercício de autotutela.

Com efeito, os ora Apelantes, se de fato possuíam receio que a obra não fosse entregue – o que acabou não se confirmando, eis que o empreendimento foi entregue dentro do prazo – deveriam ter ingressado com as medidas jurídicas cabíveis na espécie.

Nada fizeram, contudo. Preferiram deixar de honrar com suas obrigações sem, sequer, notificarem os dirigentes da Construtora a propósito de suas razões de inadimplência, que somente foram exteriorizadas formalmente em abril de 1998, quase dois anos depois da notícia veiculada pelo Jornal O Povo, além de, ressalte-se, **mais de um ano depois de já entregue o empreendimento.**

E aqui, Sr. Presidente, reside uma importante circunstância fática que deve ser ressaltada. Quando os ora Apelantes contra-notificaram a Construtora Estrela LTDA, supostamente pela entrega intempestiva do imóvel, **já sabiam que o empreendimento já havia sido concluído.**

Em outras palavras, não me parece que haja qualquer justificativa jurídica plausível para atribuir a culpa da rescisão à Construtora Estrela LTDA, tal como, aliás, bem concluiu o hoje Des. Francisco Barbosa Filho na ocasião em que prolatou a sentença fustigada.

Portanto, deve ser mantida a sentença no ponto em que julgou procedente o pedido de rescisão contratual por culpa dos ora Apelantes, rejeitando, por outro lado, a Reconvenção manejada pelos réus.

No que diz respeito ao capítulo da sentença alusivo às perdas e danos, também me parece que a sentença deva ser mantida, quando fixou o percentual de 40% a título de ressarcimento de prejuízos.

Como se sabe, as perdas e danos devem contemplar além do que efetivamente perdeu (prejuízo direito e imediato) aquilo que razoavelmente deixou de lucrar (prejuízo indireto ou mediato). Eis a redação do art. 402 do Código Civil de 2002 e art. 1.059 do Código Civil de 1916, aplicável ao tempo dos fatos, este último com a seguinte redação:

> Art. 1.059. Salvo as exceções previstas neste Código, de modo expresso, as perdas e danos devidos ao credor, abrangem, além do que ele efetivamente perdeu, o que razoavelmente deixou de lucrar.

Considerando-se os fatos delineados no processo, as partes ora Apelantes pagaram, no total, a quantia de R$ 20.426,49 (vinte mil, quatrocentos e vinte e seis reais e quarenta e nove centavos), até a data 15/10/96, quando deixaram de honrar o contrato.

Considerando-se que as cláusulas contratuais alusivas às multas pela rescisão foram anuladas na sentença, por terem sido consideradas leoninas (fl. 193), e tendo em vista que sobre este ponto não houve impugnação das partes, de modo a incidir o princípio *tantum devolutum quantum appellatum,* parece-me razoável a fixação do

montante em 40% sobre o valor de R$ 20.426,49 (vinte mil, quatrocentos e vinte e seis reais e quarenta e nove centavos), no que resulta o valor de R$ 8.170,59 (oito mil cento e setenta reais e cinquenta e nove centavos).

Com efeito, a Construtora Estrela LTDA fica obrigada à devolução da diferença entre os supracitados valores, ou seja, à devolução de R$ 12.255,89 (doze mil, duzentos e cinquenta e cinco reais e oitenta e nove centavos), devidamente atualizados na fase de cumprimento de sentença.

DO EXPOSTO, louvando-me nas razões aqui amplamente articuladas, conheço da Apelação e nego-lhe provimento, mantendo a sentença em todos os seus termos, para o fim de considerar rescindido o contrato de promessa de compra e venda de unidade habitacional firmado entre as partes, mantendo-se a condenação da parte Apelada à devolução de apenas 60% dos valores recebidos, ficando os 40% remanescentes tidos como perdas e danos, tudo devidamente atualizado monetariamente, em oportuna fase de liquidação/cumprimento de sentença.

É como voto, Presidente.

Fortaleza (CE), 15 de fevereiro de 2012.

Apelação Cível nº 591251-03.2000.8.06.0001/1 (Ação Ordinária)
Remetente: Juiz de Direito da 5ª Vara da Fazenda Pública de Fortaleza
Apelante:1. Ministério Público
2. Município de Fortaleza
Apelados:Manoel Lima da Costa, Roberta Mendes Napoleão, Wilneide Quinderé Ribeiro Macedo, Zenhilda Soares de Matos e Maria do Socorro de Brito Rocha
Apelação Cível nº 547602-85.2000.8.06.0001/1 (Ação Cautelar)
Remetente: Juiz de Direito da 5ª Vara da Fazenda Pública de Fortaleza
Apelante:1. Ministério Público
2. Município de Fortaleza
Apelados:Manoel Lima da Costa, Roberta Mendes Napoleão, Wilneide Quinderé Ribeiro Macedo, Zenhilda Soares de Matos e Maria do Socorro de Brito Rocha
Relator: Desembargador Ademar Mendes Bezerra

EMENTA: CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. AÇÕES CAUTELAR E ORDINÁRIA. SERVIDOR MUNICIPAL. APELAÇÕES CÍVEIS. PRESCRIÇÃO QUINQUENAL DAS PARCELAS ANTERIORES AO AJUIZAMENTO DA LIDE. SÚMULA Nº 85 DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. RECONHECIMENTO POR FORÇA DO ART. 219, §5º, DO CPC. PRINCÍPIO DA ISONOMIA. SERVIDOR PÚBLICO. PARADIGMAS APONTADOS EM SITUAÇÃO DIVERSA. EQUIPARAÇÃO VENCIMENTAL. EFEITOS DA COISA JULGADA EM PROCESSO DIVERSO. APLICAÇÃO DO ARTIGO 472 DO *CODEX* PROCESSUAL CIVIL. VINCULAÇÃO AO SALÁRIO MÍNIMO. IMPOSSIBILIDADE. INTELIGÊNCIA DA SÚMULA Nº 339 E DA SÚMULA VINCULANTE Nº 4, AMBAS DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. I - Mantém-se o reconhecimento da prejudicial de mérito atinente à prescrição, nos moldes da Súmula nº 85 do Superior Tribunal de Justiça, tal como procedido pelo julgador *a quo,* quando o pedido envolver relação jurídica de trato sucessivo, atingindo apenas as prestações vencidas antes do quinquênio anterior à propositura da ação. II – Impossível a aquilatação do princípio da isonomia mediante comparação entre servidores paradigmas que estão amparados por decisão judicial em face da aplicação do art. 472 da Lei Adjetiva Civil, vez que a "a sentença faz coisa julgada às partes entre as quais

é dada, não beneficiando, nem prejudicando terceiros". III – O Poder Judiciário não pode aumentar os vencimentos de servidores públicos sob o fundamento de isonomia por não ser dotado de função legislativa. Inteligência da Súmula nº 339 do STF. IV – A Súmula Vinculante nº 4 do Pretório Excelso veda a vinculação dos vencimentos dos servidores públicos ao salário mínimo, conforme art. 7º, inc. IV, da Constituição Federal. Precedentes do STF e STJ. V – 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. VI – A improcedência dos pedidos formulados na peça de intróito ocasiona a necessidade da condenação dos autores 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. Remessas obrigatórias e apelações cíveis conhecidas e providas.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os recursos obrigatórios e as apelações cíveis nº **591251-03.2000.8.06.0001/1 (Ação Ordinária) e 547602-85.2000.8.06.0001/1 (Ação Cautelar)**, em que figuram as partes acima indicadas, acordam os Desembargadores integrantes da Segunda Câmara Cível do egrégio Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, à unanimidade, em conhecer dos recursos em referência, acolher em parte a suscitação de prescrição para defini-la na forma da Súmula nº 85 do Superior Tribunal de Justiça e, em sede meritória, prover os reexames necessários e as apelações interpostas pelo Ministério Público e pelo Município de Fortaleza.

Fortaleza, 12 de janeiro de 2011.

RELATÓRIO

Manoel Lima da Costa, Roberta Mendes Napoleão, Wilneide Quinderé Ribeiro Macedo, Zenhilda Soares de Matos e Maria do Socorro de Brito Rocha ajuizaram ação cautelar e, posteriormente, ação ordinária contra o Município de Fortaleza objetivando a implantação do piso salarial correspondente à categoria profissional de médico, a que pertencem, reajustando as suas folhas de pagamento nos mesmos valores

e quantitativos numéricos dos paradigmas apresentados a cotejo, guardando, ainda, equivalência com sete salários mínimos mensais.

Os autores esclareceram que diversas decisões judiciais, com trânsito em julgado, vêm conferindo a vários servidores do Município de Fortaleza o piso de vencimentos em múltiplos de salários mínimos, com a devida implantação em folha de pagamento, na forma do Decreto nº 7.153/1985.

Por este motivo, entendem os promoventes que é devida a isonomia de vencimentos, de acordo com os cargos exercidos no quadro do réu, de forma a conferir efetividade ao artigo 5º, *caput,* da Carta Magna e à previsão do Decreto municipal nº 7.153/1985.

A lide cautelar foi instruída com os documentos de fls. 13/45 e a ordinária com as reproduções documentais de fls. 08/33.

A liminar postulada em sede cautelar foi indeferida (fls. 48/50).

Defesa do promovido às fls. 53/67 do processo cautelar e fls. 39/48 da ação ordinária. Defende o município réu que não é possível vincular a utilização do salário mínimo para qualquer finalidade, especialmente a de conceder paridade de vencimentos sob o fundamento de isonomia.

Réplica às fls. 70/74 da lide acessória e fls. 55/58 do processo principal.

Parecer do Ministério Público de primeiro grau às fls. 80/86 do processo cautelar e às fls. 65/71 da ação ordinária, opinando pela improcedência dos pedidos.

Sentenças proferidas às fls. 93/104 dos autos cautelares e às fls. 76/87 do processo principal, julgando procedentes os pedidos autorais, reconhecendo a prescrição das parcelas compreendidas no quinquênio anterior à propositura da ação, assim com para declarar e condenar o réu ao pagamento de piso vencimental com suporte no Decreto nº 7.153/1985 e honorários advocatícios de quinze por cento sobre o valor da condenação.

Houve recursos oficiais.

O Ministério Público aforou apelações cíveis às fls. 106/115 do processo cautelar e às fls. 89/97 dos autos principais. Requer a reforma das sentenças, aduzindo que existe vedação constitucional (arts. 7º, IV e 37, XIII) e sumular (Súmula nº 339 do STF) para o deferimento dos pedidos autorais.

Os autores ofertaram contrarrazões (fls. 119/129 da lide cautelar e fls. 137/140 dos fólios principais).

No processo principal o Instituto Dr. José Frota interpôs apelação cível (fls. 99/112).

Contra-apelo dos autores repousantes às fls. 115/123 do processo principal.

Ascendidos à instância *ad quem*, foram os autos com vistas à Procuradoria-Geral de Justiça, cujas promoções repousam às fls. 151/155 da lide cautelar e fls. 135/139 da *actio* principal.

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

No que toca à análise da prejudicial de mérito relativa à prescrição do direito vindicado, entendo que nada há a reformar, eis que restou suficientemente analisada pelo julgador monocrático ao aplicar a 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)

No mérito, a questão em julgamento envolve postulação atinente ao direito dos servidores públicos do Município de Fortaleza 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 municipal nº 7.153/1985, fixando, desta forma, o piso salarial da categoria profissional de médico, a que pertencem, reajustando as suas folhas de pagamento nos mesmos valores e quantitativos numéricos dos paradigmas apresentados a cotejo, guardando, ainda, equivalência com sete salários mínimos mensais.

O princípio da isonomia está insculpido no art. 5º, *caput*, da CRFB:

> 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:

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, não há que se falar em aplicação do princípio isonômico para justificar a extensão aos autores da decisão da justiça trabalhista que concedeu aos paradigmas o direito à percepção do piso salarial constante do Decreto municipal nº 7.153/1985.

Tanto que os servidores apontados como paradigmas (fls. 28/33 do processo ordinário) encontram-se amparados por decisão judicial, o que o diferencia dos autores, eis 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 igualdade fática e jurídica com os servidores apresentados como modelos.

E, ainda, 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 do mencionado cargo público.

A situação ventilada nos autos conforma-se à ressalva constante na última parte da Súmula nº 120 do Tribunal Superior do Trabalho:

> EQUIPARAÇÃO SALARIAL. DECISÃO JUDICIAL (cancelada em decorrência da sua incorporação à nova redação da Súmula nº 6) - Res. 129/2005, DJ 20, 22 e 25.04.2005.
> Presentes os pressupostos do art. 461 da CLT, é irrelevante a circunstância de que o desnível salarial tenha origem em decisão judicial que beneficiou o paradigma, exceto se decorrente de vantagem pessoal ou de tese jurídica superada pela jurisprudência de Corte Superior. (grifos não originais)

Aplicável à vertente hipótese a Súmula nº 339 e a Súmula Vinculante nº 4, ambas do Pretório Excelso, *in verbis*:

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

> 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.

Entendo, ainda, que o Decreto municipal nº 7.153/1985 não foi recepcionado pela CF/1988, especialmente na parte em que vincula o piso salarial dos servidores públicos a múltiplos de salários mínimos.

A Carta Republicana veda a vinculação dos vencimentos dos servidores públicos ao salário mínimo, conforme art. 7º, inc. IV, *litteris*:

> 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. (grifos não originais)

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.

A diretriz do Supremo Tribunal Federal é no seguinte sentido:

> **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, Relator Min. GILMAR MENDES, Segunda 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 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, julgado 21/05/2007)

Os reexames necessários e as apelações cíveis propostas pelo Município de Fortaleza e pelo Ministério Público estadual merecem provimento para julgar improcedentes os pedidos formulados em sede cautelar e ordinária.

Honorários advocatícios sucumbenciais arbitrados em R$ 1.000,00 (um mil reais), com fundamento nos §§ 3º e 4º do art. 20 do CPC.

Ex positis, em desarmonia com a douta promoção do Ministério Público de segundo grau, conheço dos recursos, 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, prover os reexames necessários e as apelações interpostas pelo Município de Fortaleza e pelo Ministério Público estadual para reformar integralmente as sentenças de primeira instância e julgar improcedentes os pedidos formulados pelos autores. Os autores restam condenados à satisfação dos ônus da sucumbência: custas processuais e honorários advocatícios, estes arbitrados em R$ 1.000,00 (mil reais), na forma prevista pelos §§ 3º e 4º do art. 20 do CPC.

É como voto.

Fortaleza, 12 de janeiro de 2011

APELAÇÃO CÍVEL N. 621638-98.2000.8.06.0001/1 DE FORTALEZA
APELANTE: BANCO DO ESTADO DO CEARÁ S/A – BEC
APELADO: FERNANDO FLÁVIO GOMES DE MOURA
RELATOR: DES. RÔMULO MOREIRA DE DEUS

EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE REPARAÇÃO DE DANOS MORAIS. INSCRIÇÃO INDEVIDA NO CADASTRO DE PROTEÇÃO AO CRÉDITO. DANO MORAL. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. FIXAÇÃO SOBRE O VALOR DA CONDENAÇÃO. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.

1. A simples inclusão indevida no cadastro de proteção ao crédito gera dano moral.

2. O fato de o nome já figurar em listas de devedores não afasta a indenização por danos morais, devendo a pluralidade de inscrições repercutir apenas no momento da estipulação do valor reparatório.

3. O valor de R$ 3.000,00 (três mil reais), a título de indenização por danos morais, mostra-se razoável e condizente com a realidade dos autos.

4. O art. 20, § 3º, do CPC prescreve que os honorários advocatícios serão estipulados sobre o valor da condenação, e não sobre o valor da causa. **5**. Apelação conhecida e parcialmente provida.

ACÓRDÃO

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

Fortaleza, 21 de novembro de 2011.

RELATÓRIO

Cogita-se de Apelação manejada pelo Banco do Estado do Ceará S/A – BEC em face de sentença proferida pelo Juízo da 25ª Vara Cível de Fortaleza nos autos de ação de reparação de danos morais proposta por Fernando Flávio Gomes de Moura.

Alega o Demandante, em resumo, que ajuizou, em outubro de 2000, ação declaratória de nulidade de cláusulas contratuais c/c consignação em pagamento e que,

apesar de determinação judicial (antecipação de tutela parcialmente deferida pelo Juízo da 27ª Vara Cível de Fortaleza), o Banco demandado incluiu o seu nome no SERASA, muito embora o débito estivesse sendo discutido judicialmente.

Argumentando que a indevida inclusão do seu nome no órgão de proteção ao crédito causou-lhe dano moral e impediu que fizesse o financiamento da sua casa própria, requereu o Autor, a título de indenização, a quantia de 250 (duzentos e cinquenta) salários mínimos.

A Juíza *a quo*, em sentença de f. 144-151, condenou o BEC a pagar, em favor do Demandante, indenização por danos morais no valor de 10 (dez) salários mínimos, que equivaliam a R$ 3.000,00 (três mil reais), além das custas, das despesas processuais e dos honorários advocatícios, que foram fixados em 10% (dez por cento) sobre o valor da causa.

Em seu apelo (f. 153-163), o BEC aduz, em sinopse, que:

a) tendo sido parcial a condenação, vez que o Recorrido pediu 250 (duzentos e cinquenta), mas a condenação se deu em 10 (dez) salários mínimos, que correspondiam a R$ 3.000,00 (três mil reais), deve haver, nos moldes do art. 21 do CPC, distribuição proporcional dos ônus sucumbenciais;

b) os honorários advocatícios foram fixados com base no valor da causa, mas o art. 20, § 3º, do CPC prescreve que eles devem ser estipulados sobre o valor da condenação;

c) não poderia ter sido a condenação em danos morais baseada em salários mínimos;

d) por ser o Apelado assíduo frequentador do SERASA, uma restrição a mais, ainda que por equívoco, não tem o condão de causar-lhe dano moral indenizável.

Contrarrazões às f. 166-176.

Inicialmente distribuídos ao Des. Ademar Mendes Bezerra em 31.08.2006 (f. 181), os autos passaram pela Relatoria da Desa. Maria Iracema Martins do Vale e foram a mim redistribuídos em 08.04.2009 (f. 197).

É o relatório, no essencial.

VOTO

O recurso merece parcial provimento.

Restou comprovado que, apesar de ordem judicial (f. 36-37) determinando a não inclusão do nome do Recorrido nos órgãos de proteção ao crédito, houve a inscrição do nome do Apelado no SERASA, fato reconhecido inclusive pelo próprio Banco recorrente (f. 142), configurando-se, dessa forma, o dano moral.

Ressalto que é pacífica a jurisprudência do STJ no sentido de que a mera inclusão indevida em cadastros restritivos de crédito causa dano moral, conforme demonstram os arestos a seguir colacionados:

> AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. INSCRIÇÃO INDEVIDA DE NOME NOS CADASTROS DE INADIMPLENTES. INDENIZAÇÃO. VALOR RAZOÁVEL. ACÓRDÃO RECORRIDO FIRMADO NAS PREMISSAS FÁTICAS CONSTANTES DOS AUTOS. SÚMULA 7/STJ. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO. […] 2. O STJ já firmou entendimento que "nos casos de protesto indevido de título ou inscrição irregular em cadastros de inadimplentes, o dano moral se configura *in re ipsa*, isto é, prescinde de prova, ainda que a prejudicada seja pessoa jurídica" (REsp 1059663/MS, Rel. Min. NANCY ANDRIGHI, DJe 17/12/2008). […] (STJ, AgRg no REsp 1.186.167/RS, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, 4ª Turma, DJe 21.06.2011)

> AGRAVO REGIMENTAL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. RESPONSABILIDADE CIVIL. INSCRIÇÃO INDEVIDA EM CADASTRO DE INADIMPLENTES. DANOS MORAIS. COMPROVAÇÃO. DESNECESSIDADE. VALOR ARBITRADO. RAZOABILIDADE. AGRAVO DESPROVIDO. 1. Nos casos de inscrição indevida em cadastros de inadimplentes o dano moral se configura *in re ipsa*, isto é, prescinde de prova. Precedentes. […] (STJ, AgRg no Ag 1.149.294/SP, Rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, 3ª Turma, DJe 18.05.2011)

> AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. FUNDAMENTOS INSUFICIENTES PARA REFORMAR A DECISÃO AGRAVADA. DANOS MORAIS. INSCRIÇÃO INDEVIDA EM CADASTROS RESTRITIVOS DE CRÉDITO. CARACTERIZAÇÃO *IN RE IPSA* DOS DANOS. VALOR IRRISÓRIO. MAJORAÇÃO. POSSIBILIDADE. […] 2. Consoante entendimento consolidado desta Corte Superior, nos casos de inscrição indevida em cadastros de inadimplentes, os danos caracterizam-se *in re ipsa*, isto é, são presumidos, prescindem de prova (Precedente: REsp n.º 1059663/MS, Rel. Min. NANCY ANDRIGHI, DJe de 17/12/2008). […] (STJ, AgRg no Ag 1.152.175/RJ, Rel. Min. Vasco Della Giustina (Desembargador convocado do TJRS), 3ª Turma, DJe 11.05.2011)

Por outro lado, não deve ser acolhido o argumento do Apelante de que não houve dano moral indenizável, tendo em vista que o nome do Recorrido já figurava no cadastro de devedores.

Com efeito, a pluralidade de inscrições não afasta a indenização, devendo repercutir apenas no momento da estipulação do valor reparatório.

Nesse diapasão, o seguinte julgado do STJ:

> CIVIL. PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. REGISTRO INDEVIDO EM ÓRGÃO DE PROTEÇÃO AO CRÉDITO. DEVOLUÇÃO INDEVIDA DE CHEQUE. CONSTRANGIMENTO PREVISÍVEL. EXISTÊNCIA DE OUTROS REGISTROS. […] 3. Conforme orientação pacificada nesta Corte, e adotada pelo acórdão recorrido, "a existência de outras inscrições anteriores em cadastros de proteção ao crédito em nome do postulante

> dos danos morais, não exclui a indenização, dado o reconhecimento da existência da lesão". Contudo, tal fato deve ser sopesado na fixação do valor reparatório. Precedentes. […] (STJ, REsp 717.017/PE, Rel. Min. Jorge Scartezzini, 4ª Turma, DJ 06.11.2006)

Postas as premissas necessárias, passo a examinar o valor da indenização.

A avaliação pecuniária do dano moral ainda é objeto de acaloradas discussões doutrinárias, uma vez inexistir dispositivos legais que estabeleçam critérios objetivos, em razão da sua própria natureza, que, por definição, independe de qualquer vinculação com prejuízo material.

Dessa forma, cabe ao julgador, ao seu prudente arbítrio, guardadas as peculiaridades de cada caso, fixar valor suficiente à reparação do dano, mas que, ao mesmo tempo, não se constitua em instrumento de enriquecimento indevido do ofendido. A indenização deve guardar proporcionalidade entre o sofrimento suportado e as condições econômicas do ofensor e da vítima.

Nessa diretriz, orienta-se a doutrina, com eco na jurisprudência:

> "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 sofrimento, a ser arbitrada pelo juiz, atendendo as 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 ilícito, nem tão pequena que se torne inexpressiva". (Caio Mário da Silva Pereira, Responsabilidade Civil, 2ª ed. Rio de Janeiro, Forense, 1990, n. 49, p. 67)

> "O valor do dano moral tem sido enfrentado no STJ com o escopo de atender a sua dupla função: reparar o dano buscando minimizar a dor da vítima e punir o ofensor, para que não volte a reincidir". (REsp 734.303/RJ, Rel. Ministra ELIANA CALMON, SEGUNDA TURMA, julgado em 07/06/2005, DJ 15/08/2005 p. 290)

No caso em tablado, a indenização deve levar em conta, também, o fato de haver restrições anteriores em relação ao nome do Apelado.

A Magistrada singular fixou a indenização por danos morais em, *in verbis*: "dez salários mínimos, totalizando R$ 3.000,00 (três mil reais)" (f. 151), deixando dúvida se a indenização foi fixada em múltiplos do salário mínimo ou não.

Não obstante possa o *quantum* indenizatório ser arbitrado tanto de uma forma como de outra, entendo mais adequado ao caso a fixação em valor livre de qualquer indexação.

Desse modo, arbitro o montante indenizatório em R$ 3.000,00 (três mil reais), soma que se mostra razoável e condizente com a realidade dos autos, devendo a correção monetária ocorrer a partir do arbitramento, no 1º Grau de Jurisdição, em

conformidade com a Súmula 362 do STJ, que tem o seguinte enunciado: "A correção monetária do valor da indenização do dano moral incide desde a data do arbitramento".

De mais a mais, o Apelante sustenta que deve ser aplicado o art. 21 do CPC, eis que teria havido sucumbência recíproca, porquanto a condenação se deu em valor inferior ao pleiteado pelo Recorrido.

Não há que ser acolhido esse argumento, vez que, nos moldes da Súmula 326 do STJ, "na ação de indenização por dano moral, a condenação em montante inferior ao postulado na inicial não implica sucumbência recíproca".

Relativamente aos honorários advocatícios, que foram fixados com base no valor da causa, razão assiste ao Apelante, pois, consoante o disposto no art. 20, § 3º, do CPC, a verba honorária será fixada sobre o valor da condenação, e não sobre o valor da causa.

Diante do exposto, conheço da Apelação interposta, dando-lhe parcial provimento, fixando o *quantum* indenizatório em R$ 3.000,00 (três mil reais), com correção monetária a partir do arbitramento, no Juízo *a quo*, nos termos da Súmula 362 do STJ, e estabelecendo os honorários advocatícios em 10% (dez por cento) sobre o valor da condenação, mantendo, no mais, a sentença combatida.

Fortaleza, 21 de novembro de 2011.

Processo nº 6656-79.2010.8.06.0001/1.
Natureza: Apelação Cível.
Apelantes: José de Paulo Duarte Vasconcelos.
Sandra Maria de Freitas Vasconcelos.
Apelada: Nailê Silva Leite.
Relator: Des. Francisco Auricélio Pontes
Ação de Origem: Ação Ordinária para Imissão de Posse (Reivindicatória).
Local de Origem: 21ª Vara Cível da Comarca de Fortaleza – Ceará.

EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL. POSSE. BENS IMÓVEIS. REIVINDICATÓRIA. EXCEÇÃO DE USUCAPIÃO ALEGADA COMO MATÉRIA DE DEFESA. AUSÊNCIA DE REQUISITOS. NÃO COMPROVAÇÃO DA PRESCRIÇÃO AQUISITIVA. OMISSÃO DA SENTENÇA EM ANALISAR TODAS AS PROVAS. POSSIBILIDADE DO 2º GRAU. DOCUMENTO REVESTIDO DE LEGALIDADE QUE COMPROVE O DOMÍNIO DO IMÓVEL ENSEJA IMISSÃO NA POSSE. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO.

1. A sentença que omitiu análise de provas, baseando-se apenas em depoimentos testemunhais, permite a verificação das demais provas coligidas, mormente documentos, de valoração diversa.

2. Possível a alegação da ocorrência da usucapião como matéria de defesa em ação que pretende reivindicar a posse mediante o domínio. Súmula 237 do STF.

3. A prescrição aquisitiva, como matéria de defesa, sujeita-se à presença dos requisitos necessários para seu reconhecimento, quais sejam, o tempo e a posse, com efetiva comprovação da aquisição contínua, mansa e pacífica, além do elemento subjetivo "animus domini".

4. O não reconhecimento da prescrição aquisitiva, enseja a procedência da reivindicação da posse a quem detenha o domínio demonstrado através de documento hábil e capaz. APELO PROVIDO.

ACÓRDÃO:

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de Apelação Cível nº 6656-79.2010.8.06.0001/1, em que figuram as partes acima indicadas,

Acorda a 2ª Câmara Cível do Egrégio Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, por unanimidade, em DAR PROVIMENTO ao recurso, de acordo com o voto do relator.

RELATÓRIO

Trata-se de Apelação Cível interposta pelo casal José de Paulo Duarte Vasconcelos e Sandra Maria de Freitas Vasconcelos contra sentença exarada pelo MM. Juiz de Direito da 21ª Vara Cível da Comarca de Fortaleza, em procedimento ordinário de Imissão de Posse (Reivindicatória) que os apelantes promoveram contra a apelada - fls.152/160.

A sentença atacada decidiu pela improcedência do pedido, mantendo a promovida, aqui apelada, na posse de um imóvel comprado e registrado pelos autores, aqui apelantes, acatando a tese da ocorrência da usucapião, porquanto a apelada detinha o imóvel há mais de vinte anos, de forma mansa, pacífica e ininterrupta – fls. 147/151.

Nas razões do recurso, os apelantes discorrem sobre os fatos ocorridos, afirmando a compra do imóvel de seus legítimos proprietários, Sr. Virgílio Freire do Nascimento e sua mulher Benedita Cardoso do Nascimento, em 2008, sendo efetivada a notificação extrajudicial para desocupação do imóvel em trinta dias, o que não ocorreu até hoje.

Após, alegam que a sentença merece reforma, posto que se pautou pela afirmação da apelada de que o imóvel teria sido destinado à moradia dela, apelada, e de seus dois filhos, havidos de uma relação amorosa entre Nailê Silva Leite e o mesmo Virgílio Freire do Nascimento, proprietário e vendedor do imóvel.

Asseveram, ainda, os apelantes, que a sentença não considerou o ajuizamento de uma ação para reintegração da posse do mesmo imóvel promovida por Benedita Cardoso do Nascimento, mulher de Virgílio Freire do Nascimento, julgada procedente e sujeita a recurso de apelação.

Afirmam os recorrentes que a sentença fora fundamentada em exceção de usucapião, arguida pela promovida, mas não comprovada, uma vez que não existe ação para tal fim, e nem qualquer documentação sobre a tese alegada.

A seguir, os apelantes rebatem os depoimentos testemunhais, os quais, a seu ver, não comprovam os fatos alegados pela promovida, mas apenas que a conhecem há longo tempo, o que não se coaduna com a documentação apresentada e nem com a conclusão da sentença a respeito da ocorrência de posse efetiva do imóvel.

Requerem, ao final, os recorrentes, a reforma da decisão recorrida, para que seja reconhecida a procedência do pedido formulado na inicial, com a imissão na posse pretendida, os benefícios da justiça gratuita e a condenação da apelada em ônus sucumbencial.

Requerem ainda, os apelantes, provimento liminar para imissão na posse e a condenação em pagamento de aluguéis por parte da apelada a partir da citação até a

entrega das chaves.

Contrarrazões da apelada, pugnando pela manutenção da sentença nos termos em que foi prolatada, por esta ser amparada em dispositivos legais atinentes à espécie, assim como pelos princípios da razão e do direito – fls. 200/209.

Afirma a apelada que manteve a posse mansa, pacífica e ininterrupta do imóvel em questão, em razão de relação amorosa existente entre ela, apelada, e Virgílio Freire do Nascimento. Alega que dita relação perdurou de 1978 até 1985, e que em 1981 Virgílio Freire do Nascimento adquiriu o imóvel questionado para conviver com ela, apelada, e os dois filhos, e que, por acerto particular entre os conviventes, o imóvel se transferiria graciosamente para ela e os filhos comuns do casal.

Discorre a apelada sobre a prova dos autos, atendo-se aos depoimentos testemunhais, os quais, em sua ótica, comprovaram a posse da apelada desde o ano de 1981, caracterizando prova robusta de seus requisitos, porquanto aquela se deu de forma mansa e no lapso temporal necessário à sua aquisição.

Assevera a correção da decisão, posto que fundada em arguição de usucapião como matéria de defesa, matéria permitida e sumulada pela Suprema Corte. Requer, finalmente, o improvimento do recurso com a manutenção integral da sentença por seus próprios fundamentos.

Manifestação da douta Procuradoria de Justiça, pugnando pelo acatamento da tese da apelada, posto que possível a alegação da usucapião como matéria de defesa, e que restaram demonstrados os requisitos necessários à ocorrência da prescrição aquisitiva. Opina pelo conhecimento do recurso, mas por seu desprovimento, devendo prevalecer a sentença proferida pelo juízo de primeira instância – fls. 227/232.

É, em síntese, o relatório.

VOTO

Trata-se de Apelação Cível interposta por José de Paulo Duarte Vasconcelos e sua mulher Sandra Maria de Freitas Vasconcelos com o fim de reformar a sentença de fls. 147/151, que julgou improcedente o pedido do autor, aqui apelante, acatando a ocorrência da prescrição aquisitiva arguida como matéria de defesa pela apelada.

Como relatado, o apelante se insurge contra o acatamento da tese apontada que, em sua ótica, fora reconhecida contra os ditames legais ante a não comprovação do que foi alegado.

Inicialmente, registro a fixação das questões controversas da demanda, dispostas em despacho para providências preliminares, antes saneador, exarado em audiência, cujo termo se vê às fls. 105/106, no qual consta como pontos controvertidos "... Se os promoventes, tendo a escritura de compra e venda, tem direito a imissão de posse no imóvel. Por sua vez, se a promovida possui posse mansa e pacífica do mesmo imóvel, inclusive com direito a prescrição de direito aquisitiva.".

Dentro dessa limitação a querela evoluiu, culminando com o reconhecimento

da prescrição aquisitiva, esta arguida como matéria de defesa a teor do que dispõe a Súmula nº 237 do STF.

Entretanto, observo que a sentença vergastada reconheceu a ocorrência da prescrição aquisitiva baseada apenas nos depoimentos testemunhais, os quais atestaram o longo conhecimento com a apelada e sua presença no imóvel questionado por um largo período.

Os apelantes alegam, em seu recurso, a comprovação de suas asserções por documentos colacionados, os quais, conforme demonstra a sentença, não foram analisados em momento algum, porquanto a decisão atacada não transcreve a mais simples referência a qualquer documento.

A par da importância das testemunhas como efetivos colaboradores da atuação judicante, é de se considerar que seus depoimentos, na maioria das vezes, são calcados em conhecimentos superficiais dos fatos, posto que, ressalvada raras exceções, não compartilham detalhes, minúcias ou segredos que cada indivíduo guarda em si.

Corroborando o que foi dito, veja-se o presente caso, em que as testemunhas embora atestem o período de ocupação do imóvel pela apelada, desconhecem seu antigo companheiro, não sabem se existem condições para dita ocupação e, pelo menos uma delas, repete informação que lhe foi passada pela própria promovida.

Mesmo o período de ocupação atestado deve ser limitado à chegada das testemunhas em suas residências ou ao tempo de conhecimento para com a apelada, em cujo depoimento a primeira testemunha registrou o ano de 1986, após a separação dela, apelada, com o pai dos menores; a segunda testemunha estipulou o ano de 1993 e a terceira, afirmou conhecê-la há quinze anos, ou seja, desde 1995.

Nesse contexto, torna-se fundamental a análise documental que deve ser ratificada pelos depoimentos, o que parece não ter ocorrido na espécie por não haver, na sentença, referência sobre apreciação de qualquer documento.

O próprio magistrado de primeiro grau, ao negar o pedido liminar de imissão de posse, destacou o seguinte: "Diante dos elementos que até agora chegaram aos autos, não está esclarecido a que título se dá a posse pela acionada, carecendo de maiores elementos probatórios e, especialmente, de colheita de provas em audiência." - fls. 92/94.

Entretanto a nobre decisão não analisou totalmente as provas insertas nos autos para esclarecer a que título se deu a posse.

Portanto, passível de reforma a sentença, nesse ponto.

A tese de defesa da promovida baseou-se na arguição da prescrição aquisitiva, como assentado jurisprudencialmente pela Suprema Corte (Súmula nº 237).

Observe-se, ainda, que a apelada, ao concluir suas contrarrazões, inseriu no pedido o reconhecimento da usucapião decorrente do artigo 1.238 do Código Civil, estabelecendo, assim, os requisitos ali contidos como argumentação de seu arrazoado – vide item 29 da fl. 206.

Patente, então, que, para o reconhecimento da prescrição aquisitiva, é

fundamental que estejam presentes os requisitos autorizadores de sua concessão, como definidos no artigo acima mencionado. Ou seja, a situação de fato deve refletir a posse ininterrupta, mansa e pacífica, e o "*animus domini*", além de configurar o tempo exigido por lei.

Veja-se julgado da Corte Superior sobre o assunto:

> "Ementa: USUCAPIÃO. Defesa. Declaração de domínio.
> - O réu de ação possessória pode arguir como defesa a sua posse e pedir o reconhecimento da prescrição aquisitiva, mas para a procedência do seu pedido devem estar presentes os requisitos da usucapião, entre eles a descrição da área, o que não aconteceu na espécie. Recurso não conhecido". (STJ. REsp 182728/SP Rec. Esp. 1998/0053936-0 Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar. Órgão 4ª T. Jul. 03/11/1998 Fonte DJ 01/02/1999 p. 212).

Confira-se, ainda, orientação doutrinária a respeito:

> "Dois requisitos estão sempre presentes, em qualquer modalidade de usucapião, o tempo e a posse. Não basta a posse normal ('*ad interdicta'*), exigindo-se posse 'ad usucapionem', na qual, além da visibilidade do domínio, deve ter o usucapiente uma posse com qualidades especiais, previstas no art. 1.238 do Código Civil: prazo de quinze anos, sem interrupção (posse contínua), nem oposição (posse pacífica), e ter como seu o imóvel ('*animus domini')*". (Loureiro, Francisco Eduardo; Código Civil Comentado; Coordenador Ministro Cezar Peluzo; 3. ed; Barueri SP; Manole; 2009; pp. 1.180/1.181).

Exige-se, assim, sucessão de atos de posse, sem falha, para caracterizar a posse como requisito da prescrição aquisitiva. Vale dizer que tais atos devem ser realizados independentemente de ordens, instruções, determinações, condições ou qualquer outro óbice, legal ou judicial, que estabeleça relação de dependência para com o legítimo proprietário, concluindo-se que a ocorrência de qualquer deles caracteriza mera detenção do imóvel – vide artigo 1.198 do Código Civil.

Ora, a cópia inserta à fl. 116 dos autos comprova a realização de acordo judicial em ação de alimentos, firmado em junho/1997 entre o alimentante, Virgílio Freire do Nascimento, e a apelada, estabelecendo o modo de utilização do imóvel.

Por esta avença a apelada reconhece a propriedade do imóvel como sendo do alimentante, e se compromete a desocupá-lo para possibilitar sua locação, cujo aluguel se converteria em pensão alimentícia em favor dos filhos menores do casal.

O acordo, submetido ao crivo do Ministério Público, restou homologado por sentença, cuja cópia se insere à fl. 118, e estabeleceu ainda, cláusula resolutiva, posto que seria válido até que os menores completassem vinte e um anos de idade, quando, a partir de então, estaria a critério das partes como proceder em relação ao imóvel.

Pelo que se infere dos autos, afirmado pela apelada e confirmado por suas testemunhas, houve um princípio de locação, mas depois, em confronto com o que foi

acordado, a apelada ocupou o imóvel.

Patente, então, que a situação fática praticada pela apelada, quanto à ocupação do imóvel, caracteriza mera detenção, posto que realizada sob condição estabelecida em juízo, que agora pretende arguir como posse.

A permanência no imóvel após as condições estabelecidas no acordo, com aquiescência do proprietário, não me parece suficiente a caracterizar posse como definida juridicamente, mas demonstra mera tolerância em consonância com a obrigação alimentar firmada em juízo.

O artigo 1.208 do Código Civil dispõe:

> "Não induzem posse os atos de mera permissão ou tolerância assim com não autorizam a sua aquisição os atos violentos ou clandestinos, senão depois de cessar a violência ou a clandestinidade".

No dizer da doutrina "a tolerância é o comportamento da inação, omissivo... ...que admite a atividade de terceiro em relação à coisa, ou não intervém quando ela acontece. Sendo uma mera indulgência, uma simples condescendência, não implica transferência de direitos.". (op. Cit., p. 1.126).

Interessante observar que a promovida, aqui apelada, em seu depoimento perante o magistrado de primeiro grau - fl. 121, afirmou que o alimentante Virgílio Freire do Nascimento comprou o imóvel para ela, apelada, morar.

Tal assertiva não restou comprovada, embora tenha sido repetida pelas testemunhas em seus depoimentos, mercê de conhecimentos superficiais ou "por ouvir dizer", visto que não chegaram a conhecer o pretenso doador do imóvel.

O que se depreende é que o acordo firmado vem de encontro a tal afirmativa na medida em que nele não foi o imóvel destinado a ela, apelada, mas apenas seus rendimentos, em forma de aluguel, foram disponibilizados para compensar obrigação alimentar.

Não se vislumbra, assim, manifestação de vontade quanto à transferência graciosa do imóvel em favor da apelada.

Com relação ao tempo, outro dos requisitos da usucapião, consta no repisado artigo 1.238 do CC que o período deve se estender "por quinze anos, sem interrupção nem oposição...".

Considerando o acordo mencionado, no qual a apelada reconhece o alimentante Virgílio Freire do Nascimento como legítimo proprietário do imóvel, o prazo para início da contagem de tempo exigida para efetivar a prescrição aquisitiva pretendida só poderia acontecer com a resolução da condição nele estabelecida.

Ou seja, somente após os menores completarem vinte e um anos de idade, condição de detenção do imóvel para efeito de obrigação alimentar mediante seus aluguéis, este estaria sujeito aos requisitos da posse, mormente o "*animus domini*", necessários a configurar a usucapião.

A condição estabelecida no acordo se resolveu em julho de 2003, data em que o segundo filho do casal completou vinte e um anos. A partir daí, com a sujeição do imóvel às regras para usucapião, poderia iniciar-se a contagem do prazo exigido em lei, cujo período de quinze anos, até o momento, não se consumou.

Mesmo omitindo-se a condição resolutiva e considerando apenas a realização do acordo, em junho de 1997, para efeito de prescrição aquisitiva, ainda não se verifica a complementação do período de quinze anos como exigido em lei, o que só se daria em junho de 2012.

Também o período de ocupação anterior à realização do acordo, não caracteriza tempo necessário para efeito de aquisição prescritiva, senão vejamos.

A apelada informa que o rompimento de sua relação amorosa com Virgílio Freire do Nascimento deu-se em 1985, a partir de quando instalou-se no imóvel, fato este atestado pelas testemunhas que lá chegaram a partir de 1986, conforme os depoimentos já mencionados.

Ora, a realização do acordo em junho de 1997, no qual a apelada reconheceu que a propriedade do imóvel era do alimentante Virgílio Freire do Nascimento, e no qual foi estabelecida condição resolutiva para utilização do imóvel, efetivamente interrompe a contagem do prazo legal para usucapião, afetando a continuidade da posse, contrariando, assim, o que dispõe o artigo 1.238 do CC.

A interrupção do prazo se dá pelo que dispõe o artigo 1.244 do CC, pelo qual "estende-se ao possuidor o disposto quanto ao devedor acerca das causas que obstam, suspendem ou interrompem a prescrição, as quais também se aplicam à usucapião".

As causas interruptivas da prescrição quanto ao devedor, estendidas ao possuidor pela regra acima mencionada, constam no artigo 202 do CC, cujo inciso VI determina a interrupção "por qualquer ato inequívoco, ainda que extrajudicial, que importe reconhecimento do direito por parte do devedor".

Efetivamente, o reconhecimento da propriedade do imóvel por parte da apelada, em juízo, através do acordo mencionado, caracteriza, sem sombra de dúvida, a interrupção do prazo exigido, que, a partir de então, não poderia ser contado em favor da prescrição aquisitiva ante a condição resolutiva que estipulou o modo de utilização do imóvel.

Verifica-se, então, que, da data da ocupação do imóvel à realização do acordo, transcorreram apenas 12 anos, período que não alcança a exigência legal para fins de prescrição aquisitiva.

Além disso, a regra contida no artigo 1.238 exige que a intenção de dono ("*animus domini*") se dê sem oposição ou interrupção, ou seja, remete-se aos requisitos da posse, que deve subsistir de forma contínua, mansa e pacífica.

Ainda quanto aos ensinamentos doutrinários, veja-se:

> "A posse deve ser, na dicção da lei, sem oposição, ou pacífica. Pacífica não se opõe à violenta, mas à posse incontestada. A oposição eficaz parte de

> interessados, em especial do titular da propriedade ou de outros direitos reais, contra quem corre a usucapião... …Não basta qualquer ato de inconformismo por parte de interessados ou do titular do domínio. Este atos não pode ser ilegais, como, por exemplo, a retomada violenta, repelida pelo usucapiente por meio da tutela possessória. Mesmo as oposições judiciais devem ser sérias e procedentes. Assim, eventuais ações possessórias ou reivindicatórias somente atingem a pacificidade da posse caso sejam julgadas procedentes. A oposição deve ser feita antes da consumação do lapso prescricional da usucapião". (Op. Cit., p. 1.181).

A interposição de procedimento de reintegração de posse (processo nº 661119-68.2000.8.06.0001) por parte de Benedita Cardoso do Nascimento, legítima mulher de Virgílio Freire do Nascimento e que detém direitos reais sobre o imóvel, demonstra efetiva oposição à posse alegada pela apelada, atingindo o requisito de pacificidade, posto que contesta a ocupação e pretende a retomada do imóvel.

Observe-se que a ação foi intentada concomitante com a resolução da condição estabelecida no acordo (maioridade dos filhos da apelada), ou seja, a teor da exposição supra, dentro do prazo prescricional da usucapião, e, além do mais, obteve provimento liminar positivo, cuja procedência caracteriza oposição eficaz e se coaduna com a exposição doutrinária supra, afetando a posse.

Embora o provimento tenha se submetido a recurso, este foi refutado por divergência de procedimento, sem alteração da medida concedida – vide documentos de fls. 69/73.

Assim, embora as testemunhas arroladas pela promovida, aqui apelada, atestem longo conhecimento pessoal e o tempo de ocupação do imóvel, é certo que desconheciam as circunstâncias que permitiram a presença da apelada na casa questionada, cujas condições só puderam ser aferidas após análise dos documentos colacionados.

Portanto, após dita análise, omitida pela decisão de primeiro grau, não considero presentes os requisitos aptos a configurar a prescrição aquisitiva, nem quanto ao tempo nem quanto à posse, esta por carecer de formalidade quanto à pacificidade, "*animus dominis*" e interrupção.

Por outro lado, o documento de aquisição do imóvel por parte do autor, aqui apelante, com o devido registro, mostra-se idôneo e capaz em garantir a posse, posto que demonstrado o domínio.

Colaciono, abaixo, recente julgado oriundo do operoso Tribunal do Rio Grande do Sul, que não deixa dúvidas quanto ao tema:

> "Ementa: APELAÇÃO CÍVEL. POSSE. BENS IMÓVEIS. REIVINDICATÓRIA. EXCEÇÃO DE USUCAPIÃO ARGUIDA COMO DEFESA. A ação reivindicatória se mostra apta a garantir a posse àquele que já tem o domínio do bem. No caso, os autores adquiriam o lote de forma legal, tendo inclusive registrado a escritura, razão pela qual imperativa a

> procedência do seu pleito. Ademais, o acervo probatório dos autos foi claro no sentido de demonstrar que os réus não preencheram os requisitos necessários à configuração do usucapião, notadamente a prescrição aquisitiva e o 'animus domini'. Manutenção da sentença que se impõe. NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO. UNÂNIME." (Apelação Cível Nº 70038314571, Vigésima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Walda Maria Melo Pierro, Julgado em 15/12/2010 Diário da Justiça do dia 13/01/2011).

Portanto, considerando todo o exposto, conheço do recurso por apresentar os requisitos necessários à sua admissibilidade, para, contrário ao parecer do nobre Procurador de Justiça, não reconhecer a ocorrência da prescrição aquisitiva, por lhe faltar os requisitos necessários quanto ao tempo e quanto à posse contínua, mansa e pacífica.

Assim, dou TOTAL PROVIMENTO ao recurso, para reformar a sentença de primeiro grau, considerando procedente o pedido inicial, devendo os autores, aqui apelantes, serem imitidos na posse do imóvel questionado, observadas as cautelas de praxe.

Inverto o ônus sucumbencial condenando a promovida, aqui apelada, ao pagamento de custas e honorários como determinado na sentença aos autores, aqui apelantes.

Suspendo, porém, sua execução ante o pedido de gratuidade como preliminar da contestação (fl. 34), sem constar nos autos sua apreciação, mas não havendo indeferimento expresso enseja a condição de beneficiária da justiça gratuita.

Devolvam-se os autos à primeira instância para o devido cumprimento desta decisão.

É como voto.

Fortaleza, 06 de julho de 2011.

PROCESSO Nº 0000708-53.2009.8.06.0176.
REEXAME NECESSÁRIO.
REMETENTE: JUIZ DE DIREITO DA COMARCA DE UBAJARA.
AUTOR: GUILHERME TORRES DO NASCIMENTO.
AUTOR: ELIANA DA SILVA FÉLIX.
AUTOR: JUCIANA DE SOUSA RODRIGUES.
RÉU: MUNICIPIO DE UBAJARA.
RELATOR: DESEMBARGADOR CLÉCIO AGUIAR DE MAGALHÃES.

EMENTA:
CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. REEXAME NECESSÁRIO. CONCURSO PÚBLICO. APROVAÇÃO DENTRO DO NÚMERO DE VAGAS. NOMEAÇÃO. DIREITO SUBJETIVO. ATO VINCULADO DA ADMINISTRAÇÃO. OFENSA A PRINCÍPIOS ADMINISTRATIVOS E CONSTITUCIONAIS. CONTROLE JUDICIAL. CABIMENTO. ILEGALIDADE CONFIGURADA. REMESSA OFICIAL CONHECIDA. SENTENÇA MANTIDA QUANTO AO RECONHECIMENTO DO DIREITO À NOMEAÇÃO DE CANDIDATO APROVADO DENTRO DO NÚMERO DE VAGAS OFERTADAS NO CERTAME. REFORMADA QUANTO À CONDENAÇÃO DO MUNICÍPIO EM CUSTAS PROCESSUAIS, A TEOR DO QUE DISPÕE O ART. 10 DA LEI Nº 12.381/1994.
1- É sabido que candidato aprovado em concurso público possui mera expectativa de direito à nomeação, ressalvando-se as hipóteses em que o candidato é classificado dentro das vagas oferecidas pelo Edital, passando, assim, a ter direito subjetivo. É que havendo, através de edital, a veiculação expressa da necessidade de prover determinado número de cargos, a nomeação e posse de candidato aprovado dentro das vagas ofertadas, transmuda-se de mera expectativa de direito a direito subjetivo, líquido e certo.
2- Em casos tais, a nomeação foge do campo da discricionariedade, passando a ser ato vinculado, importando em ilegalidade o ato omissivo da Administração que não assegure o provimento dos cargos declarados vagos e existentes, alvejando o Princípio da Eficiência, por comprometer a prestação dos serviços públicos, maculando o

Princípio da Moralidade e o da Boa-Fé. Precedentes do STJ. 3- Assim, considerando-se que somente o candidato aprovado em concurso público, dentro do número de vagas estabelecidos no edital de convocação ao certame, tem direito subjetivo à nomeação e, tendo em vista que restou caracterizada a inércia da Administração em nomear um dos impetrantes, em consonância com o parecer ministerial, conhece-se do Reexame Necessário para confirmar a sentença nesse ponto, reformando-a quanto à condenação do ente público ao pagamento de custas processuais a teor do art. 10, I da Lei Estadual nº 12.381/1994.

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 Reexame Necessário para confirmar a sentença que reconheceu o direito à nomeação somente do impetrante aprovado no concurso público, dentro do número de vagas estabelecidas no edital, mas para reformá-la no tocante à condenação do Município promovido em custas processuais, a teor do art. 10, I da Lei Estadual nº 12.381/1994, nos termos do voto do e. Relator.

Fortaleza, 14 de outubro de 2011.

Relatório às fls.

VOTO

Conheço da Remessa Oficial, por reunir as condições ao devido reexame, nos termos do art. 475 do Código de Processo Civil.

Trata-se de Reexame Necessário em face de sentença prolatada pelo Juízo da Vara Única da Comarca de Ubajara, nos autos do Mandado de Segurança impetrado por Guilherme Torres do Nascimento e outros, apontando ato omissivo da Administração no tocante à não convocação de candidatos aprovados em concurso público, dentro do número de vagas.

O magistrado singular, confirmou a liminar no tocante à nomeação de Guilherme Torres do Nascimento, concedendo parcialmente a segurança por entender ser direito líquido e certo deste obter imediata nomeação, por ter sido aprovado dentro do número de vagas ofertadas no edital do concurso, revogando a liminar quanto à nomeação das outras duas impetrantes, que não tiveram aprovação dentro do número de vagas, condenando o ente público ao pagamento das custas processuais, submetendo o feito ao duplo grau de jurisdição, em observância ao disposto no art. 12, p. ú., da Lei nº

1.533/1951 (fls. 124-131).

Vieram-me os autos em Reexame.

Tenho que a Administração Pública é investida dos poderes discricionário e hierárquico e tem liberdade para praticar atos administrativos com escolha, segundo sua conveniência e oportunidade. Todavia a questão sob análise foge do caráter discricionário da Administração.

É sabido que candidato aprovado em concurso público possui mera expectativa de direito à nomeação, ressalvando-se as hipóteses em que o candidato é classificado dentro das vagas oferecidas pelo Edital, passando, assim, a ter direito subjetivo. É que havendo, através de edital, a veiculação expressa da necessidade de prover determinado número de cargos, a nomeação e posse de candidato aprovado dentro das vagas ofertadas, transmuda-se de mera expectativa de direito a direito subjetivo, líquido e certo.

Dessa maneira, resta afastada a conveniência da Administração à nomeação de candidato, tendo em vista a exigência constitucional de previsão orçamentária antes da divulgação do edital indicativo da carência de servidores a preencher cargos vagos ou criados por lei.

Assim, em casos tais, a nomeação foge do campo da discricionariedade, passando a ser ato vinculado, importando em ilegalidade o ato omissivo da Administração que não assegure o provimento dos cargos declarados vagos e existentes, alvejando o Princípio da Eficiência, por comprometer a prestação dos serviços públicos, maculando o Princípio da Moralidade e o da Boa-Fé, por desobedecer às regras constantes do instrumento convocatório ao certame, gerando expectativas a candidatos.

A propósito:

> ADMINISTRATIVO. CONCURSO PÚBLICO. NOMEAÇÃO. DIREITO SUBJETIVO. CANDIDATO CLASSIFICADO DENTRO DAS VAGAS PREVISTAS NO EDITAL. ATO VINCULADO. Não obstante seja cediço, como regra geral, que a aprovação em concurso público gera mera expectativa de direito, tem-se entendido que, no caso do candidato classificado dentro das vagas previstas no Edital**, há direito subjetivo à nomeação durante o período de validade do concurso. Isso porque, nessa hipótese, estaria a Administração adstrita ao que fora estabelecido no edital do certame, razão pela qual a nomeação fugiria ao campo da discricionariedade, passando a ser ato vinculado**. Precedentes do STJ e STF. Recurso provido (STJ - RMS 15034/RS, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 19/2/2004, DJ 29/3/2004 p. 255). (grifei)
>
> ADMINISTRATIVO. CONCURSO PÚBLICO. APROVAÇÃO DENTRO DO NÚMERO DE VAGAS DO EDITAL. DIREITO LÍQUIDO E CERTO À NOMEAÇÃO. PRECEDENTES. (…). 2. **O Supremo Tribunal Federal manifestou-se pela obrigatoriedade de o Estado prover vagas que anuncia em edital de concurso público, quando há candidato aprovado.** 3. Os candidatos aprovados dentro do número de vagas previstas no edital

possuem direito subjetivo à nomeação para os cargos a que concorreram. 4. Agravo regimental desprovido. (STJ - AgRg no RMS 29.787/MS, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 15/02/2011, DJe 28/02/2011). (*grifei*).

ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. APROVAÇÃO EM CONCURSO PÚBLICO. NOMEAÇÃO. DIREITO SUBJETIVO. 1. A classificação de candidato dentro do número de vagas ofertadas pela Administração gera, não a mera expectativa, mas o direito subjetivo à nomeação. 2. **A administração pratica ato vinculado ao tornar pública a existência de cargos vagos e o interesse em provê-los**. Portanto, até expirar o lapso de eficácia jurídica do certame, tem o poder-dever de convocar os candidatos aprovados no limite das vagas que veiculou no edital, respeitada a ordem classificatória. Precedentes. 3. **A manutenção da postura de deixar transcorrer o prazo sem proceder ao provimento dos cargos efetivos existentes por aqueles legalmente habilitados em concurso público importaria em lesão aos princípios da boa-fé administrativa, da razoabilidade, da lealdade, da isonomia e da segurança jurídica, os quais cumpre ao Poder Público observar**. 4. **Afasta-se a alegada conveniência da Administração como fator limitador da nomeação dos candidatos aprovados, tendo em vista a exigência constitucional de previsão orçamentária antes da divulgação do edital** (art. 169, § 1º, I e II, CF). 5. Recurso ordinário provido para conceder a segurança. (STJ - RMS 27311/AM, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 04/08/2009, DJe 08/09/2009) (*grifei*).

RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. CONCURSO PÚBLICO. APROVAÇÃO DENTRO DO NÚMERO DE VAGAS. DIREITO LÍQUIDO E CERTO. RECURSO PROVIDO. 1**. O princípio da moralidade impõe obediência às regras insculpidas no instrumento convocatório pelo Poder Público, de sorte que a oferta de vagas vincula a Administração pela expectativa surgida entre os candidatos. 2. A partir da veiculação expressa da necessidade de prover determinado número de cargos, através da publicação de edital de concurso, a nomeação e posse de candidato aprovado dentro das vagas ofertadas, transmuda-se de mera expectativa à direito subjetivo. 3. Tem-se por ilegal o ato omissivo da Administração que não assegura a nomeação de candidato aprovado e classificado até o limite de vagas previstas no edital, por se tratar de ato vinculado**. 4. Recurso provido para determinar a investidura da recorrente no cargo de Médico Generalista para o qual foi devidamente aprovada. (STJ - RMS 26.507/RJ, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, QUINTA TURMA, julgado em 18/9/2008, DJe 20/10/2008). (*grifei*).

Relaciono outros julgados do Superior Tribunal de Justiça nesse mesmo sentido: **REsp 1222085/RJ**, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 22/03/2011, DJe 31/03/2011; **AgRg no RMS 32.891/RO**, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em

22/03/2011, DJe 04/04/2011; **REsp 1220685/AM**, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 15/03/2011, DJe 22/03/2011; **EDcl no AgRg no RMS 29.100/MS**, Rel. Ministro CELSO LIMONGI (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/SP), SEXTA TURMA, julgado em 01/03/2011, DJe 21/03/2011; **RMS 33.315/AP**, Rel. Ministro ARNALDO ESTEVES LIMA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 15/02/2011, DJe 23/02/2011**; REsp 1200741/AM**, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 02/12/2010, DJe 14/12/2010; **AgRg no REsp 1196564/RJ**, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 02/12/2010, DJe 04/02/2011; **AgRg no RMS 32.083/BA**, Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, PRIMEIRA TURMA, julgado em 21/09/2010, DJe 28/09/2010; **AgRg nos EDcl no REsp 1161956/RN**, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 28/09/2010, DJe 25/10/2010; **REsp 1197686/AM**, Rel. Ministra ELIANA CALMON, SEGUNDA TURMA, julgado em 24/08/2010, DJe 08/09/2010.

Ressalte-se que a inércia do ente público no cumprimento das cláusulas do edital é patente, podendo ser observada pela ordem cronológica dos argumentos trazidos nas peças colacionadas nos autos.

Por oportuno, faço observar que a prorrogação de validade de concurso público e a nomeação, dentro do prazo de validade do certame, de candidato aprovado em classificação além do número de vagas, é ato discricionário da Administração. É que o surgimento de vagas quando ainda em validade o concurso, não converte a expectativa de direito de candidato aprovado **fora do número de vagas** em direito subjetivo à nomeação.

Nesse sentido:

> AGRAVO REGIMENTAL. ADMINISTRATIVO. CONCURSO PÚBLICO. APROVAÇÃO FORA DO NÚMERO DE VAGAS PREVISTAS NO EDITAL. NOMEAÇÃO. EXPECTATIVA DE DIREITO. PRORROGAÇÃO DO PRAZO DE VALIDADE. ATO DISCRICIONÁRIO. NOVO CERTAME APÓS EXPIRAÇÃO DO PRAZO DO PRIMEIRO. POSSIBILIDADE. (…). 2. O surgimento de vaga, dentro do prazo de validade do concurso, não vincula a Administração, que em seu juízo de conveniência e oportunidade, pode aproveitar ou não os candidatos classificados fora do número de vagas previstas no edital. 3. A prorrogação do prazo de validade de concurso é ato discricionário da Administração, sendo descabido o exame quanto à sua conveniência e oportunidade pelo Judiciário. (…). (STJ - AgRg no RMS 28.915/SP, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 14/04/2011, DJe 29/04/2011).

Destaco que à fl. 42-43, tem-se o ANEXO I do edital em apreço, referente ao quantitativo de cargos, confirma o oferecimento de 1 (uma) vaga ao cargo de Técnico em Turismo e 4 (quatro) ao cargo de Auxiliar de Serviços Gerais – Juburu. Logo, acertada a decisão que reconheceu o direito à nomeação tão somente do impetrante

Guilherme Torres do Nascimento, classificado em 1º (primeiro) lugar ao cargo de Técnico em Turismo e negou referido direito às impetrantes Eliana da Silva Félix e Juciana de Sousa Rodrigues, que obtiveram, respectivamente a 11ª (décima primeira) e a 8ª (oitava) classificação, para o cargo de Auxiliar de Serviços Gerais – Juburu. **Sentença mantida no ponto.**

Faço observar que a Lei Nº 12.381/1994, cuidou de isentar o Município do pagamento de custas processuais.

Vejamos:

> 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;
> (…)

Assim, **modifico a sentença neste item**.

Diante do exposto, considerando que candidato aprovado em concurso público, dentro do número de vagas estabelecidos no edital, tem direito subjetivo à nomeação e, tendo em vista que restou caracterizada a inércia da Administração em nomear o candidato que obteve aprovação dentro das condições aqui descritas, em consonância com o parecer da douta Procuradoria Geral de Justiça, há que ser conhecida a Remessa Oficial para confirmar a sentença no ponto, mas para reformá-la no tocante à condenação do Município promovido em custas processuais, a teor do art. 10, I da Lei Estadual nº 12.381/1994.

É como voto.

Fortaleza, 14 de outubro de 2011

Apelações Cíveis nº 726122-67.2000.8.06.0001/1 (Ação Ordinária)
Apelante:Autarquia Mun. de Trânsito, Serviços Públicos e de Cidadania de Fortaleza – AMC
Apelado: José Edilson Soares
Apelação Cível nº 617148-33.2000.8.06.0001/1 (Ação Cautelar)
Apelante:Autarquia Mun. de Trânsito, Serviços Públicos e de Cidadania de Fortaleza – AMC
Apelado: José Edilson Soares
Relator: Desembargador Ademar Mendes Bezerra

EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL. MULTA DE TRÂNSITO. DUPLA NOTIFICAÇÃO DA INFRAÇÃO. AUSÊNCIA. VIOLAÇÃO AO ART. 282, § 2º, DO CÓDIGO DE TRÂNSITO E AO ART. 5º, LV, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL.

I – Em sede de infração às normas de trânsito, é cabível a notificação prévia do infrator para apresentar defesa, nos termos o §2º, do art. 282 do CTB, consignando-se, expressamente, o prazo para o exercício do constitucional direito ao recurso administrativo, assim como a data em que se expira o lapso.

II – Na hipótese, restou demonstrado que a autoridade de trânsito notificou o condutor, na mesma oportunidade, acerca do cometimento das infrações às normas de trânsito e sobre as aplicações das penalidades respectivas, não lhe oferecendo a oportunidade exercitar o seu constitucional direito à ampla defesa e ao contraditório na seara administrativa.

III – A ofensa a direito fundamental constitucional acarreta a nulidade do ato administrativo, não se podendo exigir, como condição à renovação do licenciamento veicular, a prévia quitação das multas.

IV – Sobre a questão ventilada nos autos, vige a Súmula nº 312 do Superior Tribunal de Justiça, segundo a qual: "No processo administrativo para imposição de multa de trânsito, são necessárias as notificações da autuação e da aplicação da pena decorrente da infração. (PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 11/05/2005, DJ 23/05/2005 p. 371)".

Apelações conhecidas e desprovidas.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de apelações cíveis nº 726122-67.2000.8.06.0001/1 (ação ordinária) e 617148-33.2000.8.06.0001/1 (ação cautelar), em que figuram as partes acima indicadas, acordam os Desembargadores integrantes da Segunda Câmara Cível do egrégio Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, à unanimidade, em conhecer dos recursos e desprover-lhes, na conformidade do voto do relator.

Fortaleza, 26 de janeiro de 2011.

RELATÓRIO

José Edilson Soares ajuizou ação cautelar inominada e, posteriormente, ação ordinária contra a Autarquia Municipal de Trânsito, Serviços Públicos e de Cidadania de Fortaleza – AMC objetivando a nulidade dos autos de infração às normas de trânsito citadas nos autos, pretendendo, ainda, o levantamento da pontuação negativa de seu prontuário e a renovação do licenciamento do veículo de sua propriedade.

O autor alega em suma que as infrações acostadas aos autos estão vencidas, pelo fato de que não foi realizada a prévia notificação e que o DETRAN está condicionando a renovação do licenciamento do veículo ao pagamento das multas.

Por este motivo, entende que os atos advindos tanto da AMC como do DETRAN, são ilegais, por não terem sido realizados conforme a legislação vigente.

A lide cautelar foi instruída com os documentos de fls. 29/42 e a ordinária com as reproduções documentais de fls. 19/24.

Defesa do promovido às fls. 58/88 do processo cautelar e fls. 32/54 da ação ordinária. Defende a autarquia ré que os autos de infração combatidos pelo autor obedeceram a todos os requisitos legais de validade, sendo que por tais motivos foram direcionadas ao proprietário do veículo, caracterizando-se a higidez das notificações.

Réplica às fls. 134/135 da lide acessória e fls. 87/107 do processo principal.

Decisão proferida em sede cautelar para o fim de deferir a medida liminar (fls. 43/46).

O promovido comunicou a interposição de agravo de instrumento (fls. 158/171).

Expediente relatorial requisitando informações e comunicando a denegação da suspensividade da liminar requestada no âmbito cautelar (fl. 172).

Parecer do Ministério Público de primeiro grau às fls. 178/179 do processo cautelar e às fls. 112/113 da ação ordinária, opinando pela improcedência dos pedidos.

Sentenças proferidas às fls. 181/188 dos autos cautelares e às fls. 115/121 do processo principal, julgando procedentes em parte os pedidos formulados na lide acessória, suspendendo a cobrança das multas, realizadas através do licenciamento do

veículo, bem como a aplicação da pontuação negativa no prontuário do autor e julgou procedente o processo principal.

A Autarquia Municipal de Trânsito, Serviços Públicos e de Cidadania de Fortaleza – AMC interpôs apelações cíveis (fls. 191/197 da lide cautelar e fls. 127/133 do processo principal). Pugna pela reforma integral das decisões meritórias, alegando evidente *error in judicando*.

Sentença integrativa às fl. 148 conhecendo os embargos de declaração.

Não foram apresentadas as contrarrazões (fl. 200-v do processo acessório e fl. 150-v dos fólios principais).

Ascendidos os à instância *ad quem*, foram os autos com vistas à Procuradoria-Geral de Justiça, cujas promoções repousam às fls. 214/217 da lide cautelar e fls. 163/166 da *actio* principaÉ o relatório.

VOTO

Recursos tempestivos e cabíveis.

A sentença de primeiro grau tem como fundamento a circunstância fática da ausência de concessão de oportunidade ao condutor para que exercitasse o seu constitucional direito à ampla defesa e ao contraditório no âmbito administrativo, eis que a AMC expediu no mesmo ensejo as notificações das infrações às normas de trânsito e das aplicações das penalidades correspondentes, conforme documentos de fls. 23 e 24.

A violação ao art. 282 do CTB, em associação com o art. 5º, LV, da CRFB, traduz a nulidade da imposição da multa e da respectiva pontuação ao condutor do veículo automotor, não se podendo exigir como condição para a renovação do licenciamento veicular a prévia quitação das quantias deduzidas nos autos de infração que instruíram os fólios, afastando, por conseguinte, a aplicação dos 124, VIII, 128 e 181, § 2º, da Lei de Trânsito.

Neste sentido, a Súmula nº 312 do STJ:

> No processo administrativo para imposição de multa de trânsito, são necessárias as notificações da autuação e da aplicação da pena decorrente da infração. (PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 11/05/2005, DJ 23/05/2005 p. 371)

A sentença guerreada não merece, como visto, alteração.

Isto posto, conheço dos recursos, todavia para desprovê-los.

É como voto.

Fortaleza, 26 de janeiro de 2011.

Nº 744664-36.2000.8.06.0001/1
APELAÇÃO CÍVEL
ORIGEM: 1ª VARA CÍVEL DA COMARCA DE FORTALEZA
APELANTE: LASTRO REPRESENTAÇÕES LTDA
APELADO: ESPÓLIO DE MARIA DE LOURDES DIAS DE SOUZA NUTO E LIA MARIA DIAS DE SOUZA NUTO
RELATOR: DES. MANOEL CEFAS FONTELES TOMAZ
REVISOR: DES. JOSÉ MÁRIO DOS MARTINS COELHO

APELAÇÃO CÍVEL. DAÇÃO EM PAGAMENTO. AFASTAMENTO DE PRELIMINARES. APURAÇÃO DE VALORES INDEFERIDA. EXPEDIENTE DESNECESSÁRIO NA FIGURA *datio in solutum*.

1. *Ab initio*, verifica-se a existência de Agravo de Instrumento de número 31644-70.2010.8.06.0000/0, que, em face de questão de ordem, restou remetido para esta Relatoria, contudo, diante da análise da certidão de vista denota-se que o Agravo de Instrumento não deve ser conhecido, por ausência de pressuposto de admissibilidade recursal.

2. Afastadas as preliminares suscitadas de cerceamento à ampla defesa e contraditório e nulidade do provimento *a quo*.

3. Insurge-se o Apelante quanto a necessidade de apuração dos valores insculpidos nos bens, requerendo que o pagamento seja realizado "no valor atualizado da dívida com o valor atualizado através dos bens dados em pagamento" pleiteando a complementação ou o levantamento de eventuais diferenças havidas entre a dívida e os bens ofertados.

4. A fluente *actio* se subsume na figura da dação em pagamento, dar em pagamento, *datio in solutum*. Não se trata de pagar, mas de substituir o objeto devido, *in casu*, uma dívida, por bens imóveis. Portanto, não há que se perquirir sobre a valoração dos bens em testilha, mas, tão somente, sobre o aceite de tais bens no pagamento da referida dívida. E, a verdade palmar é que os bens foram aceitos pelo credor e tal aceite homologado na instância primeira. Portanto, cumpridas todas as condições autorizadoras da dação: a oferta da coisa e o consentimento do credor, deve-se manter indene a decisão impugnada.

RECURSO CONHECIDO E IMPROVIDO. SENTENÇA MANTIDA

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de Apelação Cível, ACORDAM os Desembargadores membros da 6ª Câmara Cível do Egrégio Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, unanimimente, em conhecer do recurso, contudo, para NEGAR-LHE provimento.

RELATÓRIO

Trata-se de Apelação Cível interposta por **LASTRO REPRESENTAÇÕES LTDA.**, com a pretensão de desconstituir decisório lançado na lide apresentada em face do **ESPÓLIO DE MARIA DE LOURDES DIAS DE SOUZA NUTO** e de **LIA MARIA DIAS DE SOUZA NUTO**, encontrando-se as partes devidamente individuadas.

Em síntese, constata-se que a apelante, pessoa jurídica de direito privado, ingressou com uma Ação de Dação em Pagamento, após regular apuração de haveres, em virtude do falecimento de uma de suas sócias, Sra. Maria de Lourdes Dias de Souza Nuto, a qual detinha 50% das quotas do respectivo capital social, visando efetivar, junto ao espólio, e, por conseguinte, perante a herdeira universal, o adimplemento das obrigações societárias, alijando esta, por consequência, do respectivo quadro social.

Depois de demorada instrução do processo, o douto Juízo Monocrático sentenciou com resolução de mérito, invocando, como base de sua decisão, as disposições do art. 269, inc. III, do CPC, posto que considerou apto para a solução da demanda o petitório de fls. 337/339, o qual consistiu na aceitação expressa, pela herdeira universal – a qual agiu em completa sintonia com o espólio (v. fl. 341) – quanto aos termos da pretensão proemial (itens "a", "b" e "c" – bens ofertados) e do acréscimo dos 41 apartamentos para entrega futura, ofertados, pela recorrente, no petitório de fls. 269/271, declarando, em consequência, quitada a dívida objeto da oblação.

Irresignada, a Autora ingressou com extenso recurso apelatório (fls. 465/503), transcrevendo, em quase sua integralidade, os termos da peça exordial, aduzindo inúmeros aspectos que, segundo alegado, viabilizariam a reforma da sentença, sob o fundamento da ausência de respeito aos princípios do contraditório e da ampla defesa, com a mácula ao devido processo legal, arguindo, ainda, que a sentença não se revestiu da inarredável fundamentação de que trata preceito de índole magno, posto que não empreendeu a descrição dos bens dados em pagamento, nem discriminou o valor da dívida quitada. Depois, afirmou que, em razão da valorização dos bens dados em pagamento, não foi intimada acerca do aceite perpetrado pelos Recorridos, no qual se renunciou a correção existente sobre os mesmos. Asseverou, por fim, que era direito seu dizer se renunciava ou não à valorização monetária do patrimônio ofertado, de modo que a abdicação contrária não poderia surtir nenhum efeito.

Em contrarrazões de fls. 553/567, o Espólio de Maria de Lourdes Dias de Souza Nuto refutou as argumentações da recorrente. Aproveitou o ensejo para requestar a condenação da apelante nas penas por litigância de má-fé. Por fim, sustentou que a decisão recorrida foi prolatada em íntima sintonia com os preceitos processuais pertinentes, requerendo sua manutenção.

Por seu turno, a litisconsorte e herdeira universal, Lia Maria Dias de Souza Nuto, em demorada contrarrazões de fls. 568/622, postulou fosse aplicada à Apelante a penalidade por litigância de má-fé. No mérito, arguiu a regularidade da decisão recorrida, postulando sua confirmação, *in totum*.

Os autos ascenderam a este Tribunal no mês de agosto de 2009, sendo regularmente distribuídos ao Des. Ademar Mendes Bezerra.

Instada a se manifestar, a douta Procuradoria Geral de Justiça, em brilhante parecer de fls. 632/640, conclamou que a dação em pagamento não conduz, originalmente, uma lide, porquanto tem por objeto a quitação de uma dívida, sendo sua natureza jurídica, quando presente a ação judicial, eminentemente homologatória. Neste caso, havendo sido apresentado o pedido de dação, com a posterior aquiescência do credor, estaria perfeito o ato jurisdicional de homologação da pretensão deduzida. Nestes termos, opina pelo não conhecimento do recurso da parte promovente, por antever a carência de interesse na proposição recursal. No entanto, aludindo as múltiplas possibilidades de hermenêutica para as questões jurídicas, quanto ao mérito, opinou pelo improvimento, considerando que a irresignação recursal tem por esteio matéria derivativa, resultado da valorização dos imóveis dados, o que não poderia ser conhecido, tendo em vista que refoge ao objeto da *questio*.

Por força da Portaria nº 1.489/2009, vieram-me conclusos em 29 de abril de 2010.

É o relatório. Revisão procedida pelo em. Desembargador José Mário dos Martins Coelho.

VOTO

Impondo-se um juízo antecedente de admissibilidade recursal, conheço das referidas Apelações, encontrando-se, pois, presentes os chamados requisitos intrínsecos e extrínsecos ao transpasse para o juízo de mérito.

Ab initio, verifica-se a existência de Agravo de Instrumento de número 31644-70.2010.8.06.0000/0, que, em face de questão de ordem, restou decidido que, diante da existência de matéria que se confundiria com aquela tratada nos autos da fluente Apelação Cível, seria remetido para esta Relatoria, contudo, cabe observar-se que diante da análise da certidão de vista (fls. 18), o patrono da parte agravante, Dr. DAVID BEZERRA DE CARVALHO, OAB/Ce nº 17.655 obteve, após a prolatação da decisão, vistas dos autos a partir de 10 de março de 2010 (quarta-feira) e que, em razão da vista concedida, fora devidamente intimado dos atos processuais, notadamente da

decisão interlocutória de fls. 15/17.

Com efeito, depreende-se que a contagem do prazo para a interposição do recurso em apreço teve início em 11 de março de 2010 (quinta-feira), findando em 22 de março de 2010 (segunda-feira), haja vista o termo final do prazo recair no dia de sábado, devendo, nos termos do art. 184 do CPC, ser prorrogado para o primeiro dia útil subsequente.

Ocorre que, *in casu*, o agravante ingressou com o presente Agravo de Instrumento somente em 25 de março de 2010, conforme registro de protocolo desta e. Corte de Justiça (fl. 02), ou seja, fora do prazo de 10 (dez) dias estabelecido pelo artigo 522 do CPC, configurando, assim, a intempestividade recursal, por não restar demonstrada eventual causa suspensiva ou interruptiva do transcurso do prazo. Portanto, diante da interposição fora do prazo legal, o referido Agravo de Instrumento não deve ser conhecido, por ausência de pressuposto de admissibilidade recursal.

Preliminarmente, passo a análise das alegadas nulidades processuais, notadamente diante do fato de que a violação aos princípios da ampla defesa, contraditório e devido processo legal, por retratarem matéria de ordem pública e de inestimável relevância. Neste campo, afirma o recurso que o contraditório e a ampla defesa, corolários do devido processo legal, teriam sido fulminados diante da ausência de intimação da Apelante sobre a petição de aceitação da dação em pagamento, arguindo, ainda, que após a apresentação de referido petitório sucederam novas manifestações, inclusive, com a juntada de documentos novos, de modo que a ouvida da parte adversa seria imperiosa a assegurar a ampla defesa e contraditório, maculando, inclusive, o artigo 398 do Código Processual Civil.

Não obstante, notadamente, os documentos trazidos após o assentimento da oferta de quitação da dívida pela herdeira universal não foram objeto de valoração na sentença homologatória; isto porque, tais documentos apenas remetem ao cumprimento de atos do processo, irrelevantes à solução da contenda, sem repercussão ao exame meritório da contenda.

Assim, vislumbro assegurados os princípios do contraditório e da ampla defesa, principalmente, diante do princípio *pas de nullité sans grief*, segundo o qual não subsiste nulidade processual quando do ato vergastado não decorrer prejuízo. Acerca do tema, o que estabelece o Código de Processo Civil em seu artigo 249: *O juiz, ao pronunciar a nulidade, declarará que atos são atingidos, ordenando as providências necessárias, a fim de que sejam repetidos, ou retificados. § 1º O ato não se repetirá* ***nem se lhe suprirá a falta quando não prejudicar a parte****.* No mesmo sentido, observe-se a jurisprudência pacífica do Superior Tribunal de Justiça:

> Processual civil. Agravo de instrumento. Recurso especial. Embargos declaratórios. Omissão. Inexistência. Prequestionamento. Ausência de fundamentos capazes de ilidir a decisão agravada.
> - Rejeitam-se corretamente os embargos declaratórios se ausentes os

> requisitos da omissão, contradição e obscuridade.
> - Não se conhece do recurso especial se ausente o requisito do prequestionamento.
> **- Não se declara a nulidade de ato processual se não ficou demonstrado o prejuízo sofrido pela parte que a alega.**
> Agravo não provido. (AgRg no Ag 826775/RS, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 21/06/2007, DJ 29/06/2007, p. 593)

> PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO – RECURSO ESPECIAL – FUNDAMENTAÇÃO RECURSAL DEFICIENTE – SÚMULA 284/STF – OMISSÃO NÃO CONFIGURADA – NULIDADE DA EXECUÇÃO – PRINCÍPIO DA INSTRUMENTALIDADE DAS FORMAS – AUSÊNCIA DE PREJUÍZO – PRECEDENTES.
> 1. A falta de alegação de violação a dispositivo de lei federal obsta o conhecimento do recurso especial, a teor da Súmula 284/STF.
> 2. Não há omissão no acórdão que se manifesta sobre todos os pontos impugnados em apelação.
> **3. Aplica-se o princípio da instrumentalidade das formas, inscrito nos arts. 249 e 250 do Código de Processo Civil, quando da nulidade do ato não resultar prejuízo para a defesa das partes. Precedentes.**
> 4. Recurso especial improvido. (REsp 765283/SC, Rel. Ministra ELIANA CALMON, SEGUNDA TURMA, julgado em 12/06/2007, DJ 29/06/2007, p. 538)

> PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. RECURSO ESPECIAL. RESPONSABILIDADE
> CIVIL DO ESTADO. AGRESSÃO FÍSICA A REPRESENTANTE DA ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL COMETIDA POR AGENTES PÚBLICOS. DANO MORAL. ALEGADA VIOLAÇÃO DO ART. 300 DO CPC. FALTA DE PREQUESTIONAMENTO. NÃO-DESIGNAÇÃO DE AUDIÊNCIA PRELIMINAR DE CONCILIAÇÃO (CPC, ART. 331). NULIDADE (NÃO-COMINADA) INEXISTENTE. PRECLUSÃO. ATO ILÍCITO E NEXO CAUSAL. IMPOSSIBILIDADE DE REAPRECIAÇÃO DE PROVA. SÚMULA 7/STJ.
> (…)
> **3. A decretação da nulidade não-cominada exige, além do comprometimento da finalidade do ato (CPC, art. 244), a concreta demonstração do prejuízo (CPC, arts. 249, § 1º, e 250, parágrafo único). Aplicação dos princípios da instrumentalidade das formas e do aproveitamento dos autos processuais.** (STJ – RESP 200501871803 – (796593 RR) – 1ª T. – Relª Min. Denise Arruda – DJU 02.08.2007 – p. 00359)

Assim, com esteio no princípio *pas de nullité sans grief* afasto a preliminar suscitada quanto ao cerceamento à ampla defesa e contraditório.

Ainda em sede de matéria preliminar, articula o apelo que os elementos

expostos na sentença não se revestiram das formalidades preconizadas na legislação pertinente, primeiramente porque não teria sido devidamente empreendida a adequada fundamentação do julgado, violando-se a regra estabelecida no art. 98, inc. IX, da Carta Federal. E, ainda, suscitando que não teria sido composta da adequada descrição dos bens dados em pagamento, tampouco da discriminação do valor da dívida quitada, matérias estas que, segundo alegado, seriam de suma importância, considerando-se a valorização dos bens dados em pagamento.

Observo que a bem sentença fustigada não está eivada das aludidas nulidades posto que, apesar de sucinta está satisfatoriamente fundamentada e, como bem ressaltam os tribunais pátrios, a fundamentação concisa não remete à ausência de fundamentação, assim expresso em julgamento análogo da 1ª Câmara Cível sob Relatoria do Des. FERNANDO LUIZ XIMENES ROCHA, no Agravo de instrumento 17.680-78.2008.8.06.0000/0, proferido em 26/07/2011, com no esteio do REsp 763.983/RJ, Rel. Min. NANCY ANDRIGHI, Terceira Turma, DJ 28/06/05, *in verbis*: "não há que se confundir fundamentação sucinta com ausência de fundamentação". Segue assim ementado o referido julgado:

> CONSTITUCIONAL E PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. DENEGAÇÃO DE ANTECIPAÇÃO DE TUTELA EM AÇÃO ANULATÓRIA. RECURSO CONHECIDO NOS LIMITES DO QUE FORA DECIDIDO PELO JUÍZO A QUO. VIOLAÇÃO AOS PRINCÍPIOS DO DEVIDO PROCESSO LEGAL, DO CONTRADITÓRIO E DA AMPLA DEFESA EM SEDE DE PROCEDIMENTO DE CARÁTER POLÍTICO-ADMINISTRATIVO DE JULGAMENTO DE PRESTAÇÃO DE CONTAS DE PREFEITO MUNICIPAL. MALFERIMENTO NÃO VERIFICADO. PRESUNÇÃO DE VERACIDADE DOS ATOS ADMINISTRATIVOS E INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA. NULIDADE DA DELIBERAÇÃO DA CÂMARA MUNICIPAL EM FACE DA AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO. INOCORRÊNCIA. FALTA DE MOTIVAÇÃO DO ATO JUDICIAL RECORRIDO. IMPROCEDÊNCIA. RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO.
> (…)
> 5. **O recorrente alega que o magistrado de piso não fundamentou seu decisório. Contudo tal alegação não prospera, pois embora sucinta, a motivação exarada no provimento jurisdicional combatido revelou os fundamentos adotados pelo juízo a quo para o deslinde da questão posta sob sua análise. Dessarte, "não há que se confundir fundamentação sucinta com ausência de fundamentação"** (STJ, REsp 763.983/RJ, Rel. Min. NANCY ANDRIGHI, Terceira Turma, DJ 28/06/05).

Ademais, no que pertine ao segundo aspecto, a adequada descrição dos bens dados em pagamento e a discriminação do valor da dívida quitada, não está o Julgador obrigado a realizar tal especificação posto que a individualização dos bens dados em substituição, nas ações de dação em pagamento, é obrigação daquele que os oferece, e, na presente *actio* foram individualizados nas peças do próprio devedor,

o Autor/Apelante. Nesse passo, não cabe exigir que a atividade judicial especifique, de forma redundante, os bens dados em pagamento ou o valor da obrigação quitada, bastando, para tanto, empreender, como de fato ocorreu, a homogação.

Outrossim, embora não seja a melhor técnica afirmar que se "homologava a ação" por tratar-se de Dação em Pagamento, o *decisum* é plenamente inteligível, a sentença satisfez a pretensão autoral, quando, a partir da aquiescência da parte promovida, homologou a vontade de ambas as partes. No mesmo sentido, eis o precedente:

> APELAÇÃO CÍVEL (...) HOMOLOGAÇÃO – EXTINÇÃO DO PROCESSO (...) A ausência de fundamentação em decisão homologatória simples que não prejudique a sua compreensão e que não dificulte a identificação de aspectos suscetíveis de recurso não ensejam obrigatoriamente a nulidade da decisão. (TJPR – AC 0361873-1 – Maringá – 14ª C.Cív. – Relª Juíza Maria Aparecida Blanco de Lima – DJPR 06.07.2007)

Firme nestas considerações, rejeito também a preliminar de falta de adequada descrição dos bens dados em pagamento e a discriminação do valor da dívida, passo a análise do mérito.

Insurge-se o Apelante quanto a necessidade de apuração dos valores insculpidos nos bens, requerendo que o pagamento seja realizado pelo *valor atualizado da dívida em cotejo com o valor atualizado dos bens dados em pagamento*" pleiteando a complementação ou o levantamento de eventuais diferenças havidas entre a dívida e os bens ofertados, com se pretendesse compensar o débito representativo dos haveres sociais com o crédito decorrente da avaliação daqueles bens dados em pagamento.

Suponho que, se se trata-se de mera quitação de dívidas caberia avaliar o *quantum* devido para realizar o pagamento dos valores assim compreendidos. No entanto, os autos tratam de " ação de dação em pagamento" porquanto dação deriva do termo latino *datio, onis,* significando entrega e, pagamento que descende de *paco*, *atum*, que significa tratado, concórdia, pacificar. Diante da viga mestra que escoima o presente pleito, cabe colher suas raízes no direito romano, onde a dação em pagamento apresentava sua previsão no Digesto, Liv. 12. Título 1, sob a expressão *datio in solutum*, ou seja, uma coisa, por outra, solvida apenas diante da vontade do credor: *Aliud pro alio, invito creditore, solvi non potest.*

Nesta linha, ensina Álvaro Villaça Azevedo que no direito civil brasileiro a ação de dação em pagamento guarda o mesmo sentido romano conforme colhido na clássica Enciclopédia Saraiva de Direito, v. 22. P. 186: *podemos ainda hoje dizer que a dação em pagamento, sendo um meio pelo qual se extingue a obrigação, consiste na entrega pelo devedor, a titulo de pagamento, de uma outra coisa, que não a devida, ao credor, com aceitação deste*.

Ademais, continua Álvaro Villaça Azevedo explicitando que "sem a concordância do credor em receber outra coisa que não a convencionada na obrigação,

não se pode dar em dação em pagamento" proferindo entendimento apoiado na doutrina de Mario Rotondi *in istituzioni di diritto privato*, Ed. Ambrosiana, "a extinção atual da obrigação com prestação diversa da originária, mas consentida pelo credor". Outrossim, no mesmo sentido Limongi França, *in* Manual de Direito Civil, RT, p. 126, repica: "a execução do debito por meio de objeto que não o avençado, consentindo o credor".

Ora, o que se observa na fluente *actio* é bem diverso. É o devedor que agora se insurge em entregar a coisa ofertada, ou melhor, a coisa dada em pagamento. Muito tem discutido o Autor/Apelante neste processo sobre o valor dos bens dados em pagamento da dívida que constitui o debito havido entre as partes, porém, para o escopo da dação em pagamento, em nada importa. A fluente *actio* se subsume na figura da dação em pagamento, dar em pagamento, *datio in solutum*. Não se trata de pagar, mas de substituir o objeto devido, *in casu*, uma dívida proveniente da apuração de haveres da ex sócia Maria de Lourdes, por bens imóveis. Portanto, não há que se perquirir sobre a valoração dos bens em testilha, mas, tão somente, sobre o aceite dos mesmos no pagamento da referida dívida. A verdade palmar é que os bens foram aceitos pelo credor e tal aceite homologado na instância primeira.

No intuito de saldar a obrigação pecuniária referente ao adimplemento dos valores devidos aos recorridos, a recorrente ingressou com a demanda ofertando o rol de bens imóveis descritos na exordial (fls. 04/05) e, posteriormente, reforçou a oferta adicionando 41 apartamentos (fls.269/271).

Posteriormente, a credora, a Sra. Lia Maria Dias de Souza Nuto, ora recorrida, explanou que, apesar de ser herdeira universal da sócia falecida, jamais recebeu qualquer quantia a título de pagamento das cotas societárias, e, portanto, decidiu aceitar os bens oferecidos pela parte recorrida. Assim, a pretensão Autoral, após o referido acréscimo, foi devidamente aceita pela herdeira universal às fls. 337/339, com plena anuência do espólio (fl. 341).

Ademais, a insurgência da Apelante contra o lapso temporal havido entre a oblatio e a aceitação, mais de 4 anos não faz descaracterizar o *animus* de quitar a obrigação pela dação em pagamento, cuja vontade sempre permaneceu latente, na esperança de que viesse a promovida/apelada aceitar a oferta, com de fato o fez.

O instituto civil denominado "dação em pagamento" está assim preconizado no Código Civil Brasileiro no artigo 356: *O credor pode consentir em receber prestação diversa da que lhe é devida.* A dação em pagamento retrata instituto de caráter nitidamente negocial, calcado pela bilateralidade, o que pressupõe a plena aceitação do credor acerca do cumprimento da obrigação de modo diverso daquele ordinariamente devido.

Conforme as lições do renomado civilista Carlos Roberto Gonçalves *in* Direito Civil Brasileiro, Saraiva, p. 307/309), *in verbis*:

> A **dação em pagamento é um acordo de vontades entre credor e devedor**, por meio do qual o **primeiro concorda em receber do segundo,**

> **para exonerá-lo da dívida, prestação diversa da que lhe é devida**.
> Em regra, o credor não é obrigado a receber outra coisa, ainda que mais valiosa (CC, art. 313). Já no direito romano se dizia: *aliud pro alio invito creditore, solvi non potest* (uma coisa por outra, contra a vontade do credor, não pode ser solvida). No entanto, se aceitar a oferta de uma coisa por outra, caracterizada estará a dação em pagamento.
> (...)
> Essa substituição conhece várias modalidades. Pode haver *datio in solutum* (dação em pagamento) mediante acordo, **com substituição de dinheiro por bem móvel ou imóvel (*rem pro pecunia*)**, de coisa por outra (*rem pro re*), de uma coisa pela prestação de um fato (*rem pro facto*), de dinheiro por título de crédito, de coisa por obrigação de fazer etc.
> (...)
> **NÃO SE EXIGE COINCIDÊNCIA ENTRE O VALOR DA COISA RECEBIDA E O QUANTUM DA DÍVIDA**, nem que as partes indiquem um valor. **Pode, assim, o credor receber objeto de valor superior ou inferior ao montante da dívida, em substituição da prestação devida**
> (...)

Percebe-se que a valorização dos bens dados em pagamento, era uma possibilidade que a Autora tinha por presente desde a propositura da ação, como de fato a própria Autora anuncia, às fls. 05, *in verbis:*

> Nesse imóvel há uma previsão de abertura de uma via do Sistema Viário Básico de Fortaleza com caixa de 24,00m (v. Planta de situação doc n. 28 anexo). Essa referida via incidirá sobre o terreno acima descrito no sentido transversal (leste/oeste) seccionando-o em duas partes. Considerando-se que a área destinada à referida Via será de, aproximadamente, 1.632,00m², as duas partes remanescentes terão o somatória de área de 17.615,60m². Caso ocorra a abertura da referida Via, o terreno descrito no laudo (doc. 161/171), embora sofra uma redução de área, terá uma valorização significativa com acesso direto para a Avenida Washington Soares e suas duas áreas remanescentes (v. Planta de situação, doc. 29) estarão situadas na confluência de duas vias coletoras com caixas de 24.00m, esquinas, o que resultará em grande valor agregado.

Novamente às fls. 270, a ora Apelante renova a mesma possibilidade de valorização, *in verbis:* **2. Na descrição do imóvel mencionado na letra c, objeto da Matricula n 60974 do CRI da 1a Zona, a inicial informa a perspectiva da enorme valorização da área com a abertura de ruas, como de fato houve.**

Assim, não se afigura cabível que, a Autora após ingressar com a presente ação de dação em pagamento, venha agora, verificando a valorização dos bens ofertados, pretender a atualização dos valores envolvidos, mormente quando na dação em pagamento, conforme visto anteriormente, não se exige a coincidência entre o valor dos bens recebidos como pagamento e o *quantum* da dívida, fato que, se admitido, desnaturaria a própria essência da ação ora em discussão.

Há de ser destacado, o bem lançado parecer do Ministério Público, que a procedência dos pedidos formulados pela recorrente exigiriam, inexoravelmente, a expressa anuência dos recorridos, como de fato ocorreu, de sorte que a atividade judicial seria de caráter meramente homologatório. Destarte, o *decisum* recorrido perfaz adequada aplicação da legislação pertinente, ao homologar a transação efetivada entre as partes, com alento no art. 269, inc. III, do CPC.

Por fim, desacolho as postulações alusivas à litigância de má-fé, por antever no caso que a simples interposição do recurso apelatório não resulta em condições objetivas para se caracterizar o dano processual.

Ex positis, verifico que cumpridas todas as condições autorizadoras da dação: a oferta da coisa e o consentimento do credor, portanto, conheço do presente recurso, para manter indene a decisão impugnada.

É como voto.

Fortaleza, 19 de outubro de 2011.

REEXAME NECESSÁRIO Nº 84612-79.2007.8.06.0001/1
REMETENTE: JUIZ DE DIREITO DA 2ª VARA DA FAZENDA PÚBLICA DA COMARCA DE FORTALEZA
AUTOR: JOSÉ JOCILEUDO DA SILVA DANTAS
RÉU: PRESIDENTE DA COMISSÃO EXECUTIVA DO VESTIBULAR DA UNIVERSIDADE ESTADUAL DO CEARÁ - CEV
RELATOR: DES. PAULO FRANCISCO BANHOS PONTE

EMENTA: REEXAME NECESSÁRIO. CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. CONCURSO PÚBLICO. TESTE FÍSICO. REPROVAÇÃO. PARTICIPAÇÃO EM CURSO DE FORMAÇÃO. PROVIMENTO LIMINAR DE CARÁTER PRECÁRIO. TEORIA DO FATO CONSUMADO. INAPLICABILIDADE. PRECEDENTES DO STJ. ACEITAÇÃO DAS REGRAS EDITALÍCIAS. OFENSA AOS PRINCÍPIOS DA LEGALIDADE E DA ISONOMIA. AUSÊNCIA DE DIREITO LÍQUIDO E CERTO.

1. Objetivava a parte autora o reconhecimento de seu direito líquido e certo de participar de um novo exame de capacidade física, correspondente à 4ª fase do concurso para Delegado de Polícia Civil do Estado do Ceará, Edital nº 014/2006 - SEAD/SSPDS, de 07 de março de 2006. 2. O candidato desistiu na primeira prova física, o salto em distância, devido, supostamente, ao uso de medicamentos de um tratamento para dor. 3. Asseverou ainda que a organização do certame teria violado o princípio da vinculação ao edital, ao divulgar o exame de capacidade física por meio outro que não o Diário Oficial do Estado. Inocorrência. Houve a publicação prévia e devida da convocação dos candidatos para o teste físico no Diário Oficial do Estado que circulou dia 08/10/2007 4. Sentença do juízo *a quo*, concedendo a segurança requerida, determinando a participação do requerente no exame de capacidade física. 5. Não há nos autos prova de que o requerente tenha solicitado à comissão organizadora do concurso tratamento diferenciado em relação aos demais candidatos, pelo contrário, há atestado médico colacionado aos autos, informando que o candidato tinha plenas condições de saúde de realizar as provas a que seria submetido. 6. Impossibilidade de aplicação da teoria do fato consumado, na medida em que não pode ser utilizada como fundamento

para consolidar atos administrativos eivados de nulidades e violar os princípios da isonomia ou da igualdade em relação aos demais candidatos que, na mesma situação, não tiveram o mesmo tratamento. 7. Reexame Necessário conhecido e provido.

ACÓRDÃO

Acordam os integrantes da Primeira Câmara Cível, por julgamento de Turma, unanimemente, em conhecer o Reexame Necessário, para dar-lhe provimento, a fim de integralmente reformar a sentença prolatada, considerando legal a não participação nas fases subsequentes de concurso público por força de reprovação no exame físico de caráter eliminatório com previsão legal, de acordo com o voto do Relator.

RELATÓRIO

Cuidam-se os presentes autos de Reexame Necessário, enviado pelo Juiz de Direito da 2ª Vara da Fazenda Pública da Comarca de Fortaleza em cumprimento ao art. 475, I do Código de Processo Civil, em Mandado de Segurança manejado por JOSÉ JOCILEUDO DA SILVA DANTAS em desfavor do PRESIDENTE DA COMISSÃO EXECUTIVA DO VESTIBULAR DA UNIVERSIDADE ESTADUAL DO CEARÁ - CEV.

Objetivava a parte autora o reconhecimento de seu direito líquido e certo de participar de um novo exame de capacidade física, correspondente à 4ª fase do concurso para Delegado de Polícia Civil do Estado do Ceará, Edital nº 014/2006 - SEAD/SSPDS, de 07 de março de 2006, uma vez que o candidato teria desistido na primeira prova, o salto em distância, devido, supostamente, ao uso de medicamentos de um tratamento para dor. Solicitou ainda sua permanência no certame, caso houvesse impossibilidade de designação de data para a realização da prova física.

Informações às fls. 59-61 prestadas pela autoridade coatora.

Despacho às fls. 83/85 não concedendo o pedido liminar.

Pedido de reconsideração às fls. 87/88.

Decisão às fls. 107/109, concedendo a liminar a título precário.

Em contestação às fls. 113/120, a demandada postulou que fosse julgada improcedente a demanda.

Reclamação por descumprimento de medida liminar às fls. 121/123.

Manifestação às informações da autoridade coatora às fls. 145/150.

O Ministério Público de 1ª Instância pronunciou-se às fls. 160/161 pela concessão da segurança.

Sentença às fls. 163/166 concedendo a segurança requerida, determinando

a participação do requerente no exame de capacidade física, reconhecendo seu direito de participar do Curso de Formação e Treinamento Profissional e, em caso de aprovação, que possa ser nomeado e empossado no cargo almejado, obedecendo-se a ordem de classificação obtida.

Processo remetido ao Egrégio Tribunal de Justiça do Estado do Ceará para Reexame Necessário.

Parecer do Ministério Público de segundo grau, às fls. 182/186, alegando que não há direito líquido e certo na presente ação, usando como argumentos o fato de que o Diário Oficial do Estado que circulou no dia 08/10/2007, convocou os candidatos para o exame físico nos dias 10/10/2007 e 11/10/2007, motivo pelo qual o edital teria sido respeitado.

O *parquet* ressaltou ainda que nos autos consta atestado médico às fls. 66 do Dr. Henrique José Bastos Pinheiro, certificando que o candidato estava em condições de saúde de se submeter às provas físicas.

Por tais argumentos, o Ministério Público pugnou pelo provimento da remessa necessária a fim de que se reforme a sentença, denegando a segurança concedida.

Despacho do Eminente Desembargador Emanuel Leite Albuquerque, declarando-se suspeito, por motivo de foro íntimo para relatar e julgar o presente recurso.

Processo concluso à presente relatoria à fl. 190.

Eis o relatório.

VOTO

Presentes os requisitos de admissibilidade, conheço do Reexame Necessário.

Versam os presentes autos acerca de Mandado de Segurança ajuizado por candidato em concurso público, objetivando a concessão de liminar e, em seguida de sentença que lhe garanta a repetição de teste físico e sua participação nas fases posteriores do certame, inclusive no curso de formação, e posterior nomeação e posse em cargo público apesar de ter sido o candidato reprovado no exame físico de caráter eliminatório.

O cerne do presente reexame necessário recai sobre a apreciação da legalidade de se conceder a um candidato a oportunidade de repetir um exame físico no qual já foi reprovado, bem como admitir a continuidade desse candidato reprovado nas demais fases do respectivo certame.

Primeiramente, cumpre destacar que o concurso público sob apreciação no presente processo destina-se à seleção de Delegados da Polícia Civil, carreira que na sua essência exige boa forma física para desempenho adequado de suas funções.

Além disso, há que se enfatizar ser o exame físico de caráter eliminatório requisito legal à aprovação do candidato para ingresso no cargo pleiteado pelo candidato, na forma do disposto no Capítulo IX do Edital que rege o concurso público

para Delegado de Polícia Civil, como se vê abaixo:

> CAPÍTULO IX
> Da 4ª Fase – Exame de Capacidade Física
> 125. Esta fase do concurso constará de exame de capacidade física, de caráter eliminatório, cujas provas serão aplicadas, sob a supervisão da Comissão Executiva do Vestibular da Universidade Estadual do Ceará, em datas, locais e horários a serem oportunamente divulgados no Diário Oficial do Estado.
> 126. Serão convocados para o Exame de capacidade física somente os candidatos aprovados na 1ª fase e na 3ª fase e considerados aptos na 2ª fase do Concurso.
> 127. A convocação para o Exame de Capacidade Física será feita por meio de edital publicado no Diário Oficial do Estado, o qual poderá conter normas, procedimentos e instruções complementares para a realização do Exame de Capacidade física.

A exigência do exame físico torna-se, portanto, condição estipulada pela "lei do concurso" e indispensável à continuidade do candidato nas demais etapas do concurso bem como para a nomeação e posse do candidato no cargo público.

Nesse sentido, colha-se o posicionamento deste Egrégio Tribunal a respeito.

> APELAÇÃO - ADMINISTRATIVO - CONCURSO PÚBLICO - TESTE FÍSICO - PREVISÃO EXPRESSA NO EDITAL - REPROVAÇÃO FUNDAMENTADA - CRITÉRIOS OBJETIVOS - VINCULAÇÃO AO EDITAL - RECURSO CONHECIDO, MAS DESPROVIDO. I - Havia expressa e clara previsão editalícia no sentido de que a capacidade física seria requisito para o provimento dos cargos pleiteados pelos recorrentes, os quais, entretanto, não lograram êxito na fase de exames físicos. II - O critério utilizado pelo instrumento convocatório para aprovação na prova física foi absolutamente objetivo, não havendo margem de discricionariedade ao administrador público para considerar um candidato apto ou inapto a prosseguir no certame quando o mesmo não atinge aquele critério. III - Além de haver previsão legal e editalícia para a realização do teste físico, é inconteste a legalidade da seleção ante a maneira como foi praticada, com observância aos requisitos objetivos definidos no edital e com demonstração dos critérios que fundamentaram a reprovação dos candidatos. IV - Apelação conhecida, mas desprovida. (TJCE, Apelação cível 199510200480601171, Desa. GIZELA NUNES DA COSTA, 2ª Câmara Cível, data de julgamento: 20/08/2008, data de registro: 03/09/2008)

No mesmo sentido: Agravo de Instrumento 17662-62.2005.8.06.0000/0 **Relator:** EMANUEL LEITE ALBUQUERQUE **Órgão julgador:** 1ª Câmara Cível **Data de registro:** 17/03/2011; Apelação Cível 38919-43.2005.8.06.0001/1, **Relatora:** GIZELA NUNES DA COSTA, **Órgão julgador:** 2ª Câmara Cível, **Data do julgamento:** 22/04/2009, **Data de registro:** 27/04/2009.

Ora, a sentença concessiva da segurança, às fls. 163/166 decidiu baseando-se na alegação de que houve por parte da Comissão Executiva do certame, violação ao edital do concurso, como se observa:

> "Outrossim, conforme demonstrado nos autos pelo requerente, houve por parte da Comissão Executiva do certame violação ao princípio da vinculação ao edital, lei do concurso, na medida que divulgou o exame de capacidade física por um meio divergente do que fora determinado por aquele, assim, restou evidenciada a contradição da forma como estava procedendo à publicidade dos seus atos no certame, qual seja, através do Diário Oficial do Estado, visto que até então divulgo-os por este meio, instrumento estabelecido para qualquer comunicação referente ao concurso."

Contudo, apesar da argumentação utilizada na decisão do juízo *a quo,* o que se observa é que houve um desacerto, uma vez que ao contrário do que foi dito na sentença, houve sim a publicação da convocação dos candidatos para o teste físico no Diário Oficial do Estado que circulou o dia 08/10/2007, como se observa em cópia à fl. 137. E inobstante o diminuto intervalo de tempo entre a convocação e os dias efetivos de prova, é importante ressaltar que o edital foi cumprido.

A publicidade dos dias do teste físico deu-se também, através do site da UECE, como asseverou a impetrada à fls. 63 dos autos:

> " A CEV/UECE disponibilizou no seu site, em 12/09/2007, a informação de que a data provável do exame físico seria nos dias 10 e 11 de outubro de 2007, e que os candidatos aguardassem confirmação destas datas. Assim, com 30 (trinta) dias de antecedência foi divulgada a data do exame. (…) Após ser divulgado o resultado da 3ª fase (Prova Oral), o candidato deveria ficar na expectativa da convocação para a próxima fase – Exame de Capacidade Física".

Outra alegação que não prospera, diz respeito ao fato de o candidato, supostamente, ter sido prejudicado no exame físico, por medicamentos que faziam parte de um tratamento para dor. Ocorre que o médico, Dr. Henrique José Bastos Pinheiro, que receitou os medicamentos para o referido tratamento, à fl. 54, emitiu um atestado médico, à fl. 66, no dia que antecedeu ao exame em questão, em relação ao candidato:

> "Atesto para fins de prova junto à Comissão Coordenadora do Exame de Capacidade Física do Concurso Público para Delegado de Polícia Civil do Estado do Ceará (edital nº14/2006), que JOCILEUDO DA SILVA DANTAS está em condições de saúde para se submeter às provas de salto em distância, salto em altura e corrida de 12 minutos do Exame de Capacidade física do referido Concurso."

Com tal prova, fica inegável a inexistência de prejuízo ao candidato, seja

pela devida e prévia notificação da prova física no Diário Oficial do Estado, seja pelo atestado emitido pelo próprio médico que receitou seus medicamentos, informando que o Sr. José Jocileudo da Silva Dantas tinha plenas condições de saúde de realizar as provas a que seria submetido.

Corroborando com tal alegação, constata-se que não há nos autos prova de que o requerente tenha solicitado à comissão organizadora do concurso, tratamento diferenciado em relação aos demais candidatos. Pelo contrário, o atestado médico colacionado aos autos, como já explicado, comprova que o candidato estava apto à realizar as provas.

Sob este prisma, não houve qualquer ilegalidade na ação da Administração, que, mediante a desistência do próprio candidato de realizar as provas de salto em altura e de corrida de 12 minutos, o impediu de prosseguir no certame, uma vez que fora reprovado em uma das etapas, qual seja, a prova física.

Não é outro o entendimento desta corte sobre o referido assunto. Vejamos:

> DIREITO ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. CURSO DE HABILITAÇÃO DE OFICIAIS DA POLÍCIA MILITAR. TESTE FÍSICO. REPROVAÇÃO. SUPOSTO DESRESPEITO AOS LIMITES FÍSICOS DO IMPETRANTE. INEXISTÊNCIA. ACEITAÇÃO DAS REGRAS EDITALÍCIAS. OFENSA AOS PRINCÍPIOS DA LEGALIDADE E DA ISONOMIA. AUSÊNCIA DE DIREITO LÍQUIDO E CERTO. SEGURANÇA DENEGADA. 1. O impetrante declarou para os devidos fins que tomou conhecimento das condições estabelecidas no Edital nº 001/2010 - CHO/PMCE, o qual especificou os critérios para o Processo Seletivo para o Curso de Habilitação de Oficiais, e ainda, que atendia à todas as exigências insertas no mesmo. 2. Não há nos autos prova de que o requerente tenha solicitado à comissão organizadora do concurso tratamento diferenciado em relação aos demais candidatos, pelo contrário, o atestado médico colacionado aos autos é datado de 28/07/2010, ou seja, de data posterior a realização do teste. 3. Não vislumbro qualquer ilegalidade no ato praticado pelas autoridades ditas coatoras, ao negarem a participação do impetrante no Curso de Habilitação de Oficiais (CHO/2010), pois cumpriram, na verdade, seu dever legal de obedecer aos princípios constitucionais e administrativos. 4. Segurança denegada. (TJCE Mandado de Segurança 4623622201080600000, Relator HAROLDO CORREIA DE OLIVEIRA MAXIMO, Tribunal Pleno, Data de Registro: 25/04/2011)

O juízo *a quo* concedeu a liminar para que o candidato prosseguisse no certame, repetindo a prova física, como se observa às fls. 107/109, o que se confirmou pela informação de fls. 129/133, em que o candidato aduz já ter realizado o novo teste físico, como faz prova a declaração de fls. 134, tendo sido aprovado nesta fase e na seguinte, qual seja o curso de formação, fl. 135.

Ocorre que a concessão de nova chance para realização de etapas do concurso viola a isonomia inerente aos certames públicos, como se observa na

jurisprudência deste Egrégio Tribunal a respeito:

> AGRAVO DE INSTRUMENTO. CONCURSO PÚBLICO. REPROVAÇÃO EM EXAME FÍSICO. PRETENSÃO DE PROSSEGUIMENTO NO CERTAME, COM CONSEQÜENTE SUSPENSÃO DOS EFEITOS DA DESCLASSIFICAÇÃO. REALIZAÇÃO DE NOVO EXAME. LIMINAR QUE NÃO PODE SER DEFERIDA. ILEGALIDADE NÃO CONFIGURADA. A REALIZAÇÃO DE NOVO EXAME IMPLICA EM MALFERIMENTO AOS PRINCÍPIOS DA ISONOMIA E DA VINCULAÇÃO AO INSTRUMENTO CONVOCATÓRIO. AGRAVO CONHECIDO E PROVIDO. (TJCE, Agravo de instrumento com pedido de efeito suspensivo 1766092200580600000 **Relator(a):** FRANCISCO DE ASSIS FILGUEIRA MENDES **Comarca:** Fortaleza **Órgão julgador:** 2ª Câmara Cível **Data de registro:** 09/08/2010)

Outros Tribunais tem entendido no mesmo sentido:

> PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. AGRAVO DE INSTRUMENTO.MANDADO DE SEGURANÇA. LIMINAR. AUSÊNCIA DOS REQUISITOS AUTORIZADORES. CONCURSO PÚBLICO. TESTE DE APTIDÃO FÍSICA. ALTERAÇÃO FISIOLÓGICA TEMPORÁRIA. NOVA OPORTUNIDADE. VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA ISONOMIA. DECISÃO MANTIDA.
> 1. A permissão de nova oportunidade ao agravante para a realização do teste de aptidão física, mostra-se, prima facie, contrária ao princípio da isonomia, que impõe que o mesmo tratamento seja conferido a todos os candidatos do certame (Artigo 37, caput, da CF/88).
> 2. Agravo não provido. (TJDF, 20090020177928AGI, Relator CRUZ MACEDO, 4ª Turma Cível, julgado em 17/03/2010, DJ 13/04/2010 p. 121)

Às fls. 129/133 consta informação da parte impetrante, arguindo o exaurimento da presente impetração, uma vez que não seria razoável que a segurança fosse denegada, pois ocasionaria prejuízos irreversíveis. Alegou ainda que em respeito à teoria do fato consumado, deveria ser dado provimento ao seu pedido, pois consistiria no reconhecimento da situação de fato consolidada no tempo, que não teria causado prejuízo a terceiros.

Na hipótese de um candidato, por força de decisão judicial não definitiva, ter completado as fases de um concurso público, e em uma eventualidade, ter sido nomeado e passado a exercer função pública, **não é possível** a aplicação da teoria do fato consumado, na medida em que não pode ser utilizada como fundamento para consolidar atos administrativos eivados de nulidades e violar os princípios da isonomia ou da igualdade em relação aos demais candidatos que, na mesma situação, não tiveram o mesmo tratamento.

Em situações dessa natureza a jurisprudência tem reconhecido a legalidade da exigência e a impossibilidade de concessão de segurança voltada a permitir a

participação de candidatos reprovados em exame físico em curso de formação ou em fases posteriores do certame. Nesse sentido colha-se o posicionamento do STJ em caso análogo:

> RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA. CONCURSO PÚBLICO. CAPACIDADE FÍSICA. PREVISÃO LEGAL E EDITALÍCIA. LEGALIDADE.
> I - Previsão legal de que a capacidade física é requisito para o provimento de cargos de delegados de polícia civil, o que viabiliza a norma do edital que estabeleceu o meio para atestar tal condicionamento. II – Aprovação condicionada à capacidade física para o exercício do cargo de delegado de polícia, a ser avaliada por meio de prova descrito no edital do concurso. In casu, este requisito não foi atendido. III -Não há como ser reconhecido como fato superveniente, capaz de assegurar a nomeação de candidata não aprovada em exame físico, a aprovação na disciplina de adestramento físico realizado durante o curso de formação. IV - O emprego da denominada "teoria do fato consumado" pressupõe uma situação ilegal consolidada no tempo, em decorrência da concessão de liminar, não se aplicando ao caso em tela. V - Recurso ordinário desprovido. (RMS 18854 / PB, Rel. Min. Felix Fischer, 5ª Turma, Data do Julgamento 15/12/2005, Data da Publicação/Fonte DJ 20/02/2006 p. 351 LEXSTJ vol. 199 p. 59)
>
> DIREITO CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO ORDINÁRIA. CONCURSO PÚBLICO. SOLDADO DA POLÍCIA MILITAR. EXAME PSICOLÓGICO. REPROVAÇÃO DOS APELADOS. RETORNO AO CERTAME POR FORÇA DE MEDIDAS LIMINARES. SUPOSTA CONCLUSÃO DO CURSO DE FORMAÇÃO. TEORIA DO FATO CONSUMADO. INAPLICABILIDADE. ILEGALIDADE, PORÉM, DO EXAME PSICOTÉCNICO. DIREITO À NOMEAÇÃO ANTES DO TRÂNSITO EM JULGADO. INEXISTÊNCIA. PRECEDENTES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA E DESTA CASA. APELAÇÃO CONHECIDA E PARCIALMENTE PROVIDA. 1. O deslinde da controvérsia recursal passa, fundamentalmente, pela análise de três pontos que considero nodais: (1) a prevalência, ou não, da chamada "teoria do fato consumado"; (2) a legalidade, ou não, do exame psicotécnico de que trata o Edital do Concurso a que se submeteram os Apelados; e (3) a possibilidade, ou não, de nomeação e posse antes do trânsito de julgado da respectiva - e eventual - decisão favorável aos Apelados. 2. Sobre o primeiro ponto, revendo a jurisprudência dos Tribunais Superiores, mormente aquela advinda do Supremo Tribunal Federal (STF), vejo que a mencionada teoria foi há muito abandonada na ambiência da Corte Maior, que, em caso símiles, vem anotando: "A participação em curso da Academia de Policia Militar assegurada por força de antecipação de tutela, não é apta a caracterizar o direito líquido e certo à nomeação. (...) Esta Corte já rejeitou a chamada ``teoria do fato consumado.'' (RE 476783 AgR, Relator(a): Min. ELLEN GRACIE, Segunda Turma, julgado em 28/10/2008, DJe-222 DIVULG 20-11-2008 PUBLIC 21-11-2008 EMENT VOL-02342-07 PP-01284). 3. Avançando rumo ao segundo ponto, não posso me furtar de que, à época da

> deflagração do Edital, inexistia previsão legal para a exigência do exame psicotécnico cuja aplicação resultou na reprovação dos Apelados. É que à época da realização do concurso em questão (Edital n.º 05/2001), ainda vigia a Lei Estadual n.º 10.072, de 20 de dezembro de 1976 (Estatuto dos Policiais Militares do Ceará), que nada dispunha a respeito. Após a edição do atual Estatuto dos Militares Estaduais do Ceará (Lei nº 13.729, de 11 de janeiro de 2006) a exigência do exame psicotécnico obteve amparo legal (art. 10, inciso XIII, alínea "c") - pelo que o referido exame, equivalente à 4ª Fase do Certame, não poderia ter sido imposto aos Apelados. 4. Todavia, em que pese deva ser afastado o exame psicotécnico imposto aos Apelados, com suas respectivas conseqüências sob o desenrolar do Concurso, tal não conduz à integralidade das pretensões autorais, máxime porque, segundo reiterada jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça: "O trânsito em julgado é condição sine qua non para nomeação de candidato cuja permanência em concurso público foi garantida por meio de decisão judicial." (AgRg no REsp 1074862/SC, Rel. Ministro CELSO LIMONGI (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/SP), SEXTA TURMA, julgado em 06/10/2009, DJe 26/10/2009). 5. Recurso de apelação conhecido e parcialmente provido, para reconhecer e declarar a ilegalidade do exame psicológico com caráter eliminatório, previsto no Edital nº 05/2001 e, em consequência, da reprovação dos Apelados nessa etapa específica, ficando suas nomeações e posses condicionadas ao trânsito em julgado das decisões que asseguraram suas permanências no Certame. (TJCE, Apelação 5938927200780600011, **Órgão julgador:** 1ª Câmara Cível **Relator(a):** EMANUEL LEITE ALBUQUERQUE, **Data de registro:** 01/12/2010)

Assentindo com o que manifestou a douta Procuradoria Geral de Justiça, em seu bem lançado parecer às fls. 182/186, tenho como certo que a segurança não poderia ter sido entregue à parte autora.

Não há como evitar essa conclusão, não obstante a tentativa retórica do impetrante. A situação de reprovação no primeiro teste físico realizado pelo candidato deve ser suportado pelo impetrante, e por ele apenas, não sendo dado ao poder judiciário beneficiá-lo com novas chances, que significaria verdadeira afronta ao princípio da isonomia e às prerrogativas dos candidatos aprovados regularmente, nas chances ordinariamente ofertadas a todos os concorrentes.

Pelo exposto, conheço o Reexame Necessário, concedendo-lhe provimento, a fim de reformar, integralmente, a sentença ora vergastada, julgando improcedente a pretensão autoral formulada no bojo da ação mandamental.

É como voto.

Fortaleza, 7 de novembro de 2011.

APELAÇÃO CÍVEL/REEXAME NECESSÁRIO Nº 973-88.2005.8.06.0178/1
REMETENTE: JUIZ DE DIREITO DA 1ª VARA DA COMARCA DE URUBURETAMA.
APELANTE: MUNICÍPIO DE URUBURETAMA-CE.
APELADO: DARCIMAN BORGES DE ALENCAR JÚNIOR.
RELATORA: DESA. MARIA NAILDE PINHEIRO NOGUEIRA

EMENTA: PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO DE COBRANÇA. AGRAVO RETIDO E APELAÇÃO. AGRAVO RETIDO INTERPOSTO CONTRA DECISÃO INTERLOCUTÓRIA QUE DETERMINOU O JULGAMENTO ANTECIPADO DA LIDE. FATOS CONTROVERTIDOS A CUJO RESPEITO A PRODUÇÃO DE PROVA REVELA-SE IMPRESCINDÍVEL. CERCEAMENTO DE DEFESA CONFIGURADO. AGRAVO RETIDO PROVIDO. SENTENÇA ANULADA. RETOMADA DO FEITO. PREJUDICADO O EXAME DO RECURSO DE APELAÇÃO.

1. Embora revele-se possível o julgamento antecipado da lide quando as provas são suficientes para o exame da causa, sem importar em cerceamento de defesa, é necessário aferir se, no caso, há ou não fatos controvertidos, a cujo respeito a produção de prova revele-se indeclinável ou dispensável. A análise a propósito do cerceamento de defesa deve, portanto, ser feita de modo tópico. Tratando-se de hipótese em que a prova não era necessária para a decisão final, resta evidente a não caracterização de cerceamento de defesa, em face da possibilidade que emana do art. 330, do CPC. Por outro lado, caracterizada a imprescindibilidade da produção de prova, tal como ocorre na espécie, é de se reconhecer a nulidade. Neste sentido: "(...) Evidenciada a necessidade de produção de provas requeridas pela ré, a tempo oportuno, constitui cerceamento de defesa o julgamento antecipado da lide, com infração aos princípios constitucionais do contraditório, ampla defesa e devido processo legal.2. No caso concreto, foi reconhecido pelo Tribunal Estadual que o julgamento antecipado importou em supressão de provas necessárias à comprovação de fatos controvertidos, pertinentes e relevantes, e a respeito dos quais não existe nos autos prova suficiente à formação de séria convicção. 3. Recurso especial parcialmente provido apenas para afastar a multa do artigo 538, parágrafo único do CPC". (REsp 661.009/ES,Rel. Ministro LUIS FELIPE SA-

LOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 19/10/2010, DJe 26/10/2010)". 2. *In casu,* da análise da documentação colacionada aos autos, constata-se que ela não é suficiente para subsidiar o julgamento da *quaestio* posta em juízo, sendo necessária, portanto, a instrução probatória postulada, mesmo porque as partes protestaram desde o início pela produção de provas. 3. Agravo retido provido, com anulação da sentença proferida, restando prejudicada a análise da apelação.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de nº **973-88.2005.8.06.0178/1,** 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 dar provimento ao agravo retido, para o fim de anular a sentença proferida, prejudicado o exame do recurso de apelação.

Relatório às fls.

VOTO.

Preliminarmente, antes de se adentrar no mérito recursal, é mister que se proceda à análise do agravo retido manejado pela parte Apelante e reiterado nas razões recursais (CPC, art. 523, § 1º), impugnando decisão exarada pelo MM. Juiz de Direito da 1ª Vara da Comarca de Uruburetama, acostada à fl. 62, que anunciou o julgamento antecipado da lide, nos autos da ação de cobrança movida por Darciman Borges de Alencar Júnior.

Reclama o agravante que seria necessária a produção de provas para o deslinde da matéria e que o magistrado de primeiro grau entendeu que o processo poderia ser julgado no estado em que se encontrava.

Aduz o recorrente, em apertada síntese, que a determinação judicial malferiu o direito constitucional do contraditório e da ampla defesa, ensejando cerceamento de defesa, por não permitir que o recorrente produzisse as provas que entendesse como sendo essenciais ao deslinde da questão.

Ora, como é cediço, o magistrado é o destinatário final da prova podendo indeferir a produção de provas desnecessárias ou procrastinatórias, quando observar que o conjunto probatório constante do caderno processual já é suficiente para o desate da lide.

Contudo, tal entendimento não pode se dissociar dos princípios informadores que compõem o devido processo legal, em especial o princípio da cooperação. Segundo este princípio, o magistrado deve adotar uma postura de diálogo com as partes e com os demais sujeitos do processo.

No caso em comento, contudo, basta uma análise da documentação colacionada aos autos para se constatar que ela não é suficiente para subsidiar o julgamento da *quaestio* posta em juízo, sendo necessária, portanto, a instrução probatória postulada.

De fato, não pode o autor pretender o pagamento do serviço prestado, somente em razão da existência de empenho respectivo, instrumento legal que não implica, por si só, no reconhecimento de dívida, figurando como mero documento contábil da Administração, para fins de reserva de numerário para determinada operação.

Não por outra razão, as partes protestaram desde o início pela produção de provas, não apenas documentais, mas também testemunhais, depoimentos pessoais e periciais, a fim de se aferir a real existência do fato alegado.

Não obstante a existência de pontos controvertidos, a MM. Juíza *a quo* entendeu que o feito comportava julgamento antecipado (fl. 62).

Restou desrespeitado, desse modo, o devido processo legal, na medida em que não houve a devida instrução do processo.

O contraditório, portanto, não pode servir apenas como uma garantia formal, deve ser possibilidade real de influência da parte no desenvolvimento do processo.

Nesse sentido, colho precedente do Superior Tribunal de Justiça, *verbis*:

> PROCESSO CIVIL- PROTESTO POR PRUDUÇÃO DE PROVAS – JULGAMENTO ANTECIPADO – IGUALDADE DAS PARTES – VIOLAÇÃO.
> 1. O protesto na contestação pela produção de provas impõe ao magistrado, antes de sentenciar o feito, faculte à parte justificar o pedido. O julgamento antecipado da lide sem observância desta formalidade acarreta quebra do princípio da igualdade das partes.
> 2. Recurso especial conhecido e provido.
> (Resp. 235.196-PB. Quarta Turma. Rel. Min. FERNANDO GONÇALVES. j. 26/10/2004, DJU 22/11/2004)

Assim sendo, ante a necessidade de instrução probatória, indiscutível a inaplicabilidade do art. 330, do Código de Processo Civil, alusivo ao julgamento antecipado da lide.

Tal dispositivo somente deve ser invocado quando, de fato, as provas carreadas já sejam suficientes para a real compreensão e extensão da controvérsia, permitindo-se chegar à verdade real dos autos.

Contudo, na espécie, tem-se que o Juízo de primeiro grau abreviou o julgamento do processo com base tão somente em nota de empenho, quando, conforme já foi dito, somente esta não é suficiente para subsidiar o julgamento da *quaestio.*

Não por outra razão que a doutrina processual – e aqui valho-me do escólio doutrinário de Fredie Didier Jr. - sustenta que "*essa possibilidade de abreviação do procedimento deve ser utilizada com cautela e parcimônia, não só porque pode implicar restrição ao direito à prova, mas também porque, sem a audiência de instrução*

e julgamento, podem os autos subir ao tribunal, em grau de recurso, com fraco conjunto probatório. (...) é possível que, diante de um processo 'mal instruído', o tribunal resolva anular a sentença, para que se reinicie a atividade probatória (...)" (*in* Curso de Direito Processual Civil. Vol. 1. 10. ed. Salvador: Juspodvm, 2008, p. 503)

Dessa forma, a conclusão que se segue é que, sendo imprescindível a produção de prova, e havendo protesto expresso das partes por sua produção, deve-se reconhecer o cerceamento de defesa em prejuízo da parte vencida, para fins de se possibilitar uma melhor formação do conjunto probatório e, por via de consequência, trilhar-se um caminho mais próximo do ideal preconizado pelo princípio da verdade real.

Não por outra razão, esta Egrégia Corte, em situações semelhantes, tem considerado possível a anulação do processo em virtude do cerceamento de defesa, quando a prova revelar-se necessária para a solução da controvérsia, tal como se colhe dos seguintes precedentes:

> Ementa: PROCESSUAL CIVIL - APELAÇÃO CÍVEL - AÇÃO MONITÓRIA - JULGAMENTO ANTECIPADO DA LIDE NÃO ANUNCIADO - AUSÊNCIA DE DECISÃO INDEFERINDO PROVAS OPORTUNAMENTE REQUERIDAS - CERCEAMENTO DE DEFESA CONFIGURADO - SENTENÇA NULA. PRECEDENTES DO STJ. 1 - No caso concreto, por ocasião da audiência de conciliação, a qual restou infrutífera, a parte requerente, ora recorrida, reiterou pedido de julgamento antecipado da lide. A julgadora monocrática, por sua vez, entendeu por bem manifestar-se posteriormente sobre tal pleito. Em seguida, no entanto, ao invés de decidir pelo deferimento ou não das provas anteriormente requestadas, sem sequer anunciar o julgamento antecipado da lide, o magistrado lançou sentença de mérito. 2 - Embora tenha o juiz a faculdade de apreciar livremente as provas carreadas aos autos, constitui direito subjetivo das partes tentar, mediante a produção do conjunto probatório, influenciar na convicção deste, razão pela qual, na esteira de diversos precedentes do STJ, considera-se nula a sentença que decide o processo, com resolução de mérito, baseado nos documentos apresentados pela requerente, quando não fora facultado à promovente a oportunidade de produzir as provas tempestivamente requeridas. 3 - Recurso conhecido e provido, para anular o processo a partir da sentença.(Apelação 17028200380600000; Relator(a): FRANCISCO AURICÉLIO PONTES; Comarca: Fortaleza; Órgão julgador: 2ª Câmara Cível; Data de registro: 09/06/2011)

> Ementa: DIREITO PROCESSUAL CIVIL. APELAÇÃO CÍVEL EM AÇÃO ORDINÁRIA DE COBRANÇA. CERCEAMENTO DE DEFESA. OCORRÊNCIA. OITIVA DE TESTEMUNHAS. JULGAMENTO ANTECIPADO DA LIDE. OFENSA AOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DO CONTRADITÓRIO, AMPLA DEFESA E DEVIDO PROCESSO LEGAL. ARTIGO 5º, INCISOS LIV E LV DA CF. 1. O artigo 131 do Código de Ritos consagra o princípio do livre convencimento motivado, segundo o qual deve o julgador utilizar-se do seu

> convencimento, à luz dos fatos e das provas, bem como da legislação, da doutrina e da jurisprudência, rejeitando produção de provas que aumentam inutilmente a duração do processo. 2. A oitiva das duas testemunhas, ao contrário do defendido pelo digno magistrado, mostra-se essencial para o deslinde da controvérsia. Isso porque, caso seja comprovado que o cheque foi realmente entregue ao promovido como garantia do cumprimento do contrato, altera-se o resultado da demanda. 3. O egrégio Superior Tribunal de Justiça tem consagrado o entendimento de que, havendo necessidade de dilação probatória, o julgamento antecipado da lide implica cerceamento de defesa e fere os princípios constitucionais do contraditório, da ampla defesa e do devido processo legal, consagrados no artigo 5º, incisos LIV e LV, da Constituição Federal. 4. Apelação Cível conhecida e provida. Sentença anulada. (Apelação 42375291200080600011; Relator(a): FRANCISCO BARBOSA FILHO; Comarca: Fortaleza; Órgão julgador: 5ª Câmara Cível; Data de registro: 17/08/2011)

No mesmo sentido, já decidiu o Superior Tribunal de Justiça:

> "(...) Evidenciada a necessidade de produção de provas requeridas pela ré, a tempo oportuno, constitui cerceamento de defesa o julgamento antecipado da lide, com infração aos princípios constitucionais do contraditório, ampla defesa e devido processo legal.2. No caso concreto, foi reconhecido pelo Tribunal Estadual que o julgamento antecipado importou em supressão de provas necessárias à comprovação de fatos controvertidos, pertinentes e relevantes, e a respeito dos quais não existe nos autos prova suficiente à formação de séria convicção. 3. Recurso especial parcialmente provido apenas para afastar a multa do artigo 538, parágrafo único do CPC". (REsp 661.009/ES,Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 19/10/2010,
> DJe 26/10/2010)

De maneira conclusiva, devo sublinhar que não desconheço os vários precedentes desta Corte apontando no sentido da possibilidade de julgamento antecipado da lide, sem que isso importe em cerceamento de defesa. Entretanto, tal ocorre quando, pela análise das provas, já for suficiente a prolação de uma sentença com projeção cognitiva exauriente.

Assim, merece provimento o agravo retido interposto, com a anulação da sentença proferida e determinação da retomada do feito.

Do exposto, dou provimento ao agravo retido, com anulação da sentença proferida, restando prejudicada a análise da apelação, determinando que o processo retorne ao juízo de origem e reinicie a partir da fase cognitiva, com a prolação de despacho saneador para fins de deflagração da fase instrutória.

É como voto.

Fortaleza, 08 de fevereiro de 2012.

Agravo de instrumento

Processo nº: 0008543-67.2011.8.06.0000 - Agravo de Instrumento
Agravante:Antônia de Jesus Carmo e outros
Agravado: Raimundo Cosmo Nicolau Filho
Relator: Des. FRANCISCO AURICÉLIO PONTES

EMENTA: AGRAVO DE INSTRUMENTO - CIVIL E PROCESSUAL CIVIL - PRELIMINAR DE ILEGITIMIDADE - PARTES QUE NÃO PARTICIPARAM DA TURBAÇÃO - AÇÃO DE MANUTENÇÃO DE POSSE - COMPROVAÇÃO NA ORIGEM DOS REQUISITOS INDISPENSÁVEIS À CONCESSÃO DA TUTELA - RECURSO CONHECIDO E IMPROVIDO.

I – Verificou-se que os herdeiros de Francisco Policarpo Carmo se habilitaram nos autos da ação de manutenção de posse, uma vez que têm interesse na resolução do bem em questão, de modo a obstar a pretendida manutenção. Legitimidade reconhecida para interpor recurso. Preliminar rejeitada.

II - De acordo com a jurisprudência, inclusive desta Corte, em se tratando de ação de manutenção de posse com pedido de medida liminar, faz-se necessário para o deferimento da tutela judicial preambular, que o atuor apresente, no início da lide, provas suficientes para a caracterização dos requisitos inculpidos no art. 927 do CPC, dentre os quais, a posse e a data da turbação.

III - No caso destes autos, conforme atesta a documentação apresentada pelos promovidos, ora recorrentes (cópia integral do processo), o autor da mencionada ação demonstrou que se encontra na posse do bem, conforme declarações anexas, e a data da turbação no mês de setembro próximo passado, portanto de força nova, através de boletins de ocorrência e declarações de seus vizinhos.

IV - Nestas condições, considerando que se encontravam presentes os requisitos autorizadores da liminar em manutenção de posse, uma vez que há comprovação acerca da data da turbação, inferior a ano e dia, impõe-se a confirmação da medida liminar deferida pela juíza *a quo*. IV - Agravo de instrumento conhecido, mas improvido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de agravo de instrumento com pedido de efeito suspensivo de nº 0008543-67.2011.8.06.0000, em que são partes as retro indicadas,

Acordam, por votação unânime, os excelentíssimos senhores

Desembargadores que compõem a 2.ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, em conhecer do presente recurso, mas para negar-lhe provimento, nos termos do voto do relator.

RELATÓRIO

Trata-se de agravo de instrumento, às fls. 01/09, interposto por Antônia de Jesus Carmo e outros contra decisão interlocutória do MM. Juiz de Direito da 10.ª Vara Cível da Comarca de Fortaleza, nos autos da ação de manutenção de posse, processo nº 0505080-57.2011.8.06.0001, que promove Raimundo Cosmo Nicolau Filho em desfavor dos ora agravantes.

Sustentam os agravantes que foram surpreendidos com decisão da MM. Juíza de Direito da 10.ª Vara Cível concedendo a manutenção de posse ao autor sem qualquer observância dos preceitos legais contidos nos arts. 927 e seguintes do Código de Processo Civil, quais sejam, designação de audiência de justificação prévia ou prova cabal da verossimilhança do alegado, pois a ação foi instruída apenas com boletins de ocorrência e declarações de pessoas, além do que o agravado é mero e precário possuidor do imóvel objeto da lide, em razão de um contrato de comodato verbal firmado entre Raimundo Cosmo Nicolau (pai do agravado) com Francisco Policarpo Carmo (falecido), esposo e genitor dos ora agravantes.

Ressaltam os agravantes que a existência do contrato de comodato com o pedido de restituição do bem impedem o deferimento de manutenção de posse, por estar caracterizado o esbulho. Em seguida, apresentam os agravantes jurisprudência desta Corte e de outros tribunais acerca do tema (fls. 03/08).

Asseveram ainda os agravantes que os boletins de ocorrência e fotografias juntadas aos autos principais são datados do mês de setembro do corrente ano, portanto, no período em que os recorrentes formularam o pedido de reintegração de posse, de modo que providenciaram a notificação extrajudicial do agravado para desocupar o imóvel e consequente configuração da mora, a fim de reaverem o objeto da demanda.

Em sede do presente recurso, requerem os agravantes a aplicação do art. 527, II, do CPC, atribuindo efeito infringente ao presente recurso, em face da existência de dano irreparável, e, no mérito, o provimento do agravo para reformar a decisão vergastada, porquanto entendem estar presentes os elementos necessários à concessão da tutela antecipada, na forma requerida neste recurso.

A decisão atacada, cópia às fls. 72/74, deferiu o pedido de tutela antecipada formulado pelo ora agravado, por entender atendidos os requisitos autorizadores da concessão da medida liminar, quais sejam, o "fumus bonis juris" (alegação do promovente de esbulho por parte do promovido e declaração dos moradores da região afirmando a posse mansa e pacífica daquele) e o "periculum in mora" (o dano que o promovente poderá sofrer e ainda a possibilidade de eclosão de conflitos entre os litigantes).

Com a inicial foram juntados os documentos de fls. 10/107.

Distribuído o presente agravo de instrumento a este relator em data de 06 de outubro próximo passado, o agravado se antecipou, ofertando resposta ao recurso (fls. 112/122), aduzindo que o genitor dele agravado, Raimundo Cosmo Nicolau, adquiriu, por contrato de compra e venda, um imóvel situado na Rua Luís Gama, s/nº, bairro Luciano Cavalcante, nesta Capital, o qual é vizinho ao imóvel objeto da demanda, de modo que o agravado passou à titularidade daquele imóvel e tomou posse, sem qualquer oposição, deste último há cerca de trinta anos.

Prossegue o recorrido sustentando, preliminarmente, que a ação possessória foi manejada apenas contra Antônio Carmo, herdeiro de Francisco Policarpo Carmo e autor da turbação, de forma que os demais agravantes não têm legitimidade para recorrer, bem como a necessidade de conversão do agravo de instrumento em retido, ante a ausência de risco da liminar deferida causar dano irreparável ou de difícil reparação.

Quanto ao mérito, o agravado relata que não há exigência legal de realização de audiência de justificação prévia, além de ser ele efetivo possuidor pois ocupa o imóvel litigioso há mais de trinta anos, pelo que nega a existência do contrato de comodato alegada pelos agravantes; que estes não negaram, no bojo do presente recurso, a prática dos atos de turbação; que, no presente caso, é incabível a exceção de domínio, a teor do disposto no art. 1.210, § 2.º, do Código Civil, pelo que requer o improvimento do recurso.

Desnecessária a requisição de informações à juíza de primeiro grau, pois os presentes autos se encontram bem instruídos.

É o relatório.

VOTO:

Sustenta o agravado que os agravantes carecem de legitimidade para recorrer tendo em vista que a ação de manutenção de posse foi proposta somente contra Antônio do Carmo. Contudo, os demais herdeiros de Francisco Policarpo Carmo se habilitaram nos mencionados autos, conforme cópias do processo original repousantes às fls. 80/106, uma vez que têm interesse na resolução da posse do bem em questão, de modo a obstar a pretendida manutenção, o que denota a sua legitimidade, consoante julgado a seguir transcrito:

> AÇÃO DE MANUTENÇÃO DE POSSE - LEGITIMIDADE ATIVA - HERDEIROS - ART. 1.572, DO CÓDIGO CIVIL. "No instante da morte do *de cujus* abre-se a sucessão, transmitindo-se, sem solução de continuidade, a propriedade e a posse dos bens do falecido aos seus herdeiros sucessíveis, legítimos ou testamentários, que estejam vivos naquele momento, independentemente de qualquer ato" (Maria Helena Diniz). O condômino ou compossuidor poderá buscar, isolada ou conjuntamente, a tutela interdital, contra qualquer pessoa que venha a perturbar sua posse. (...) (AI 44003 TJSC 1997.004400-3; Relator: Eder Graf; Data de Julgamento:

02/09/1997; Primeira Câmara de Direito Comercial; Data de Publicação: Agravo de Instrumento nº 97.004400-3, de Palhoça.).

Preliminar rejeitada.

Diante disso, verifico, em estudo definitivo, que a presente irresignação atende aos requisitos extrínsecos e intrínsecos de admissibilidade, razão pela qual a conheço.

Registre-se, de logo, que os recorrentes cuidaram de acostar à peça recursal em exame todos os documentos apresentados na origem, desde a petição inicial até o mandado de manutenção de posse, de maneira a permitir a esta relatoria o exame detalhado sobre todos os fundamentos que levaram a magistrada singular a conceder a citada tutela jurisdicional.

Ademais, procedendo a minuciosa leitura dos documentos essenciais juntados a este recurso, verifiquei que o autor da ação, Raimundo Cosmo Nicolau Filho, apresentou boletins de ocorrência, nos quais ele descreve a ocorrência da turbação em imóvel que se encontra sob a sua posse, além de declarações assinadas por vizinhos seus que atestam que ele, autor, mantém o bem sob sua guarda há mais de trinta anos (fls. 30/41), todos datados do mês de setembro próximo passado.

Em outras palavras, restaram comprovados, embora superficialmente, os requisitos da ação de manutenção de posse: prova da posse, da turbação, da data da turbação e que o autor dessa ação se encontra na posse do bem ora em litígio, de acordo com a disposição do art. 927, do Código de Processo Civil.

Em consonância com a doutrina e jurisprudência sobre o tema, somente deve ser concedida medida liminar em ação de manutenção ou reintegratória quando restar evidenciado que se trata de turbação ou esbulho de força nova, ou seja, se deu em menos de ano e dia contados da data da entrada irregular no imóvel. Nesse diapasão, agiu corretamente a juíza "a quo".

Além disso, os agravantes não comprovaram o dano irreparável ou de difícil reparação que venham a sofrer, caso o agravado permaneça na posse do imóvel, mas apenas alegaram que havia um contrato verbal de comodato do terreno reclamado, o qual, entretanto, necessita de dilação probatória, e juntaram aos autos notificação extrajudicial para desocupação de imóvel em desfavor de Raimundo Cosmo Nicolau, em data de 23 de setembro último.

Assim, diante da ausência de prova hábil a justificar medida brusca consistente em despejar pessoa que ingressou no imóvel com boa-fé e, conforme consta dos autos, lá se encontra há mais de trinta anos, a meu sentir, mais prudente é aguardar o exame de mérito da ação, não sendo, portanto, o caso de deferimento liminar do pedido dos agravantes.

Vejamos a jurisprudência sobre o tema:

Ementa: PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO DE INSTRUMENTO.

> LIMINAR EM AÇÃO DE MANUTENÇÃO DE POSSE. DEMONSTRAÇÃO DOS REQUISITOS PARA A CONCESSÃO DA MEDIDA DE URGÊNCIA. PRINCÍPIO DA IMEDIATIDADE. LIMITES DA COGNIÇÃO DE SEGUNDA INSTÂNCIA. RECURSO DESPROVIDO. 1. As ações possessórias podem ser utilizadas ante a ocorrência de turbação ou esbulho possessório, nos moldes preconizados no art. 1.210 do Código Civil, sendo possível o deferimento de medida liminar em favor do autor que comprovar o preenchimento das condições estatuídas no art. 927 do Código de Processo Civil, a saber, a detenção da posse, a turbação ou o esbulho praticado pelo réu, a data do evento e a continuação da posse, embora turbada, na ação de manutenção, ou a perda da posse, na ação de reintegração. 2. Tais ações regem-se pelo princípio da imediatidade, consoante o qual o magistrado de primeira instância, por estar em contato direto com a prova e com os fatos sobre os quais versam a lide, possui mais elementos para formar uma convicção justa e próxima da verdade. 3. Em sede de agravo de instrumento, a apreciação da questão jurídica trazida ao colegiado cinge-se aos pressupostos pertinentes à concessão da tutela jurisdicional liminar, vedando-se a análise de matérias afeitas à decisão final e terminativa a ser proferida pelo juízo a quo, sob pena de supressão de instância e prejulgamento da causa. 4. O perigo de lesão grave e de difícil reparação apto à concessão da liminar e, pois, do provimento deste recurso consiste em um perigo concreto, não se resguardando genéricos e abstratos receios do recorrente. 5. Agravo de instrumento conhecido e desprovido. (TJCE. Agravo de Instrumento de nº 15625-91.2007.8.06.0000/0. Relator: Fernando Luiz Ximenes Rocha; Órgão julgador: 1.ª Câmara Cível; Data de registro: 04 de outubro de 2011).

> CIVIL E PROCESSUAL CIVIL - AGRAVO DE INSTRUMENTO - DECISÃO LIMINAR DE MANUTENÇÃO DE POSSE - PROVA DA TURBAÇÃO - RECURSO A QUE SE NEGA PROVIMENTO. 1) Provada a posse anterior, bem como, o embaraço ao seu livre exercício - turbação - ocorrido a menos de ano e dia, é facultado ao juiz expedir mandado de Manutenção de posse *initio litis* antecipando a proteção possessória pleiteada que será confirmada ou não na sentença final; 2) Agravo de Instrumento a que se nega provimento. (TJAP. Processo nº 189607; Relator: Desembargador Mello Castro; Data de Julgamento: 06/03/2007; Câmara Única; Data de Publicação: DOE 3976, página(s) 26 de 30/03/2007).

Por fim, há de ser levado em consideração o aspecto pertinente à presunção de boa-fé do possuidor que, conforme confessou a parte agravante, ingressou no referido imóvel sob sua total e irrestrita anuência (o pretenso contrato verbal de comodato, sobre o qual deverá haver dilação probatória).

Diante de todo o exposto, conheço do recurso, porquanto presentes os requisitos de admissibilidade, mas para negar-lhe provimento, mantendo os efeitos da decisão prolatada na origem.

É como voto, Senhor Presidente.

Fortaleza, 30 de Novembro de 2011.

PROCESSO Nº 12042-98.2007.8.06.0000/0 CONEXO AO PROCESSO Nº 12044-68.2007.8.06.0000/0
AGRAVO DE INSTRUMENTO
AGRAVANTE: MARCELO AZEVEDO AGUIAR
AGRAVADA: ÂNGELA MARIA ARAÚJO MORAIS CORREIA
LITISCONSORTES: HELENA MARIA DE SOUSA FERREIRA E RICARDO ALEXANDRE AGUIAR BRAGA
ÓRGÃO JULGADOR: 3ª CÂMARA CÍVEL
RELATOR: DES. FRANCISCO GLADYSON PONTES

EMENTA: PROCESSO CIVIL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. DENUNCIAÇÃO À LIDE DE TABELIÃ DE OFÍCIO DE NOTAS EM CUJO CARTÓRIO FOI LAVRADA ESCRITURA PÚBLICA DE COMPRA E VENDA. PROCESSO PRINCIPAL NO QUAL SE BUSCA APURAR FRAUDE NA REFERIDA COMPRA E VENDA. POSSIBILIDADE DE INTERVENÇÃO DE TERCEIRO. OS OFICIAIS E NOTÁRIOS TÊM RESPONSABILIDADE PELOS DANOS QUE ELES E SEUS PREPOSTOS CAUSEM A TERCEIROS. INTELIGÊNCIA DA LEI Nº 8.935/94 E DO ART. 70, INCISO III, DO CPC. PRECEDENTES. PARA A FIXAÇÃO DOS PONTOS CONTROVERTIDOS DEVERÃO SER LEVADOS EM CONTA OS FATOS ALEGADOS PELAS PARTES, CONSIGNADOS NA PETIÇÃO INICIAL E NA CONTESTAÇÃO, SOB PENA DE INFRINGIR OS PRINCÍPIOS DO CONTRADITÓRIO E DA AMPLA DEFESA (ART. 5, LV, DA CF/88). AGRAVO DE INSTRUMENTO CONHECIDO E PROVIDO.

1. A alegação de erro, pelo Agravante, da titular do 4º Ofício de Notas de Fortaleza, a quem se pode inculpar por lavrar ou admitir procuração falsa, em transação que poderá prejudicá-lo, leva a que se admita o pleito de denunciação da lide nos moldes do artigo 70, inciso III da Lei Adjetiva.

2. Observe-se que há previsão legal específica na Lei 8.935/94, art. 22, que reza: "*os notários e oficiais de registro responderão pelos danos que eles e seus prepostos causem a terceiros, na prática de atos próprios da serventia, assegurado aos primeiros direito de regresso no caso de dolo ou culpa dos prepostos*".

3. Não merece prosperar o fundamento consignado na decisão vergastada quando pontua a necessidade de pedido de cunho indenizatório, na petição inicial, para viabilizar o conhecimento da denunciação da lide com base no inciso III, do art. 70, do CPC. A uma, porque o objetivo da denunciação da lide é exatamente impor a responsabilidade por perdas e danos ao denunciado, por sentença, valendo como título executivo

(art. 76, do CPC). A duas, porque a relação jurídica entre o Denunciante/Agravante e a Denunciada/ Agravada é diversa daquela que existe entre aquele e a Agravada/ Autora da Ação Principal. São duas relações jurídicas independentes entre si.
4. Naquilo que diz com a fixação dos pontos controvertidos, entendo que o magistrado de piso não atentou seguramente para os fatos alegados pelo Réu, ora Agravante.
5. O Agravante pretende a discussão sobre eventuais ilegalidades e fraudes havidas na ocasião da lavratura da citada Escritura Pública de Compra e Venda (ponto controvertido fixado pelo juiz *a quo*), mas também suscita, em sua contestação, possível conluio fraudulento entre Helena Maria de Sousa Ferreira (Autora da apontada Ação de Nulidade, que se diz a legítima proprietária do imóvel em questão) e os senhores "Valdir" e "Eurico", que negociaram o referido imóvel com o Agravante, dentre outros pontos. Visto isso, depreende-se que o Réu/ Agravante almeja a declaração da existência ou inexistência de relação jurídica válida entre as pessoas acima indicadas, visando à elucidação dos fatos como verdadeiramente ocorreram. Desta feita, não pode o magistrado escusar-se de apreciar tão relevante ponto, sob pena de infringir os princípios do contraditório e da ampla defesa (art. 5º, inciso LV, da CF/88).
6. Agravo de Instrumento conhecido e provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acorda a TURMA JULGADORA DA TERCEIRA CÂMARA CÍVEL DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO CEARÁ, por unanimidade de votos, em **conhecer e dar provimento ao Agravo de Instrumento**, nos termos do voto do Desembargador Relator, parte desta decisão.

RELATÓRIO

Cuida-se de Agravo de Instrumento interposto por MARCELO AZEVEDO AGUIAR, fls. 02/25, contra decisão interlocutória de fls. 27/30, proferida pelo magistrado de primeiro grau nos autos da Ação Anulatória proposta por HELENA MARIA DE SOUZA FERREIRA contra o ora Agravante e RICARDO ALEXANDRE AGUIAR BRAGA.

A decisão agravada excluiu do polo passivo da demanda a litisdenunciada, Ângela Maria Araújo Morais Correia – tabeliã do Cartório Morais Correia –, sob o fundamento de que o pedido formulado na inicial não tem cunho indenizatório. Assim sendo, *"... considerando que a denunciação da lide com fundamento no inciso III do artigo 70 do CPC só é cabível quando o denunciado for obrigado a ressarcir aos*

requeridos, integralmente ou parcialmente, os ônus da condenação...”, houve por bem, o juiz *a quo* excluir do processo a citada litisdenunciada.

Além disso, o juiz de primeiro grau fixou como único ponto controvertido *“... o fato de se saber se a assinatura oposta na Escritura de Compra e Venda do imóvel em questão é de fato da autora da ação...”*.

Assim, insurge-se o Agravante contra a decisão recorrida em razão de: a) ter excluído a litisdenunciada Ângela Maria Araújo Morais Correia do polo passivo da ação, sendo que a sua responsabilidade, caso comprovada, encontra incidência nos dispositivos do art. 70, inciso III, do CPC, e no art. 22, da Lei nº 8.935/94; e, b) ter fixado, unicamente, como ponto controvertido, a autenticidade, ou não, da assinatura aposta na Escritura de Compra e Venda objeto da lide.

Informações do juiz *a quo* encontra-se à fl. 85.

Contraminuta ofertada por Ângela Maria Araújo Morais Correia consta às fls. 87/91, ocasião em que assevera o acerto da decisão hostilizada, requerendo o improvimento do recurso.

Manifestação do litisconsorte ativo, Ricardo Alexandre Aguiar Braga, repousa às fls. 102/104.

Decisão do então Des. Celso Albuquerque Macêdo consta às fls. 106/108, que negou seguimento ao presente Agravo de Instrumento *“...dada a carência superveniente do interesse recursal da parte agravante, decorrente da prolação de sentença nos autos da ação originária...”*.

Constatado o equívoco da referida decisão monocrática, foi restaurado o presente Agravo de Instrumento por meio do acórdão proferido nos Embargos de Declaração de fls. 139/143.

Era o que se tinha a relatar sobre o Agravo de Instrumento.

VOTO

Presentes os pressupostos intrínsecos e extrínsecos do recurso, passo à análise dos pontos controvertidos.

O primeiro ponto a ser enfrentado é o reconhecimento, ou não, do cabimento da **denunciação da lide** em relação à tabeliã de Registro de Títulos e Documentos, Ângela Maria Araújo Morais Correia, em cujo Cartório foi levado a efeito Escritura Pública de Compra e Venda relativa ao imóvel de matrícula nº 9.344.

In casu, a Agravada, Helena Maria de Sousa Ferreira, diz ser a legítima proprietária do imóvel matriculado sob o nº 9.344, junto ao Registro de Imóveis da 1ª Zona de Fortaleza, desde o ano de 1978. Alega que no ano de 2005, ao solicitar documento atualizado da matrícula de referido imóvel, constatou a transferência do bem aos Agravantes, através de Escritura Pública de Compra e Venda, lavrada no 4º Ofício de Notas de Fortaleza, Cartório Morais Correia.

Indignada, ajuizou Ação de Nulidade de Negócio Jurídico c/c Manutenção

de Posse contra o Agravante, que, ao tempo da contestação, denunciou à lide a referida tabeliã, com base na responsabilidade dos notários e oficiais de registro, prevista na Lei nº 8.935/94.

A alegação de erro, pelo Agravante, da titular do 4º Ofício de Notas de Fortaleza, a quem se pode inculpar por lavrar ou admitir procuração falsa, em transação que poderá prejudicá-los, leva a que se admita o pleito de denunciação da lide nos moldes do artigo 70, inciso III da Lei Adjetiva.

É precisamente o caso, subsumindo-se a espécie perfeitamente à previsão do artigo supra da lei processual, já que o tabelião é, de fato, obrigado por lei a indenizar o possível prejuízo do ora Agravante, se for o caso.

Observe-se que há previsão legal específica na Lei 8.935/94, art. 22, que reza: "*os notários e oficiais de registro responderão pelos danos que eles e seus prepostos causem a terceiros, na prática de atos próprios da serventia, assegurado aos primeiros direito de regresso no caso de dolo ou culpa dos prepostos*".

Calha referir, outrossim, que a responsabilidade do tabelião é objetiva, pois mesmo exercida em caráter privado, conforme preconiza o art. 236 da Constituição Federal, a natureza do serviço é pública, pois é atividade delegada do Poder Público.

Sobre a temática, vejamos os seguintes julgados elucidativos do Superior Tribunal de Justiça, desta Corte de Justiça e dos Tribunais de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul e de Minas Gerais:

> RECURSO ESPECIAL. ADMISSIBILIDADE. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. SOCIEDADE DE ECONOMIA MISTA. PRAZO PRESCRICIONAL VINTENÁRIO. **DENUNCIAÇÃO À LIDE**. SÚMULAS N.ºS 05 E 07 DO STJ. (...) 3. **O instituto da denunciação da lide é modalidade de intervenção forçada, vinculado à ideia de garantia de negócio translatício de domínio e existência de direito regressivo. A parte que enceta a denunciação da lide, o denunciante, ou tem um direito que deve ser garantido pelo denunciante-transmitente, ou é titular de eventual ação regressiva em face do terceiro, porque demanda em virtude de ato deste.** 4. (...) 5. **Denunciar a lide à alguém não é senão trazê-lo para a lide, por força de garantia prestada, ou em razão de direito regressivo existente em face desse terceiro. Através da denunciação da lide, o denunciante aproveita-se do mesmo processo para exercer a ação de garantia ou a ação de regresso em face do denunciado**, por isso que, inspirado pelo princípio da economia processual, dispôs o legislador que "a sentença que julgar procedente a ação declarará, conforme o caso, o direito do evicto, ou a responsabilidade por perdas e danos, valendo como título executivo" (CPC, art. 76). **Com o exercício da denunciação, amplia-se a relação processual acrescentando-se a ela uma nova parte, criando uma situação legitimamente que não existia anteriormente e vinculando o denunciado ao processo.** (…) 9. **Sobressai, assim que a ideia da denunciação está vinculada a de direito de regresso, que lhe é preponderante, sendo certo que a admissibilidade da denunciação não significa a sua procedência, assim como a admissibilidade da ação**

> **pelo preenchimento das condições do direito de agir afasta, apenas, a carência da ação, não influindo sobre o mérito.** 10. **Denunciação à lide requerida com fulcro no art. 70, III, do CPC, dispositivo que contém redação genérica e prevê todas as situações de regresso contempladas na lei ou no contrato.** (...) (REsp 550095/SC, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA TURMA, julgado em 21/09/2004, DJ 25/10/2004, p. 224)
>
> PROCESSUAL. **AGRAVO DE INSTRUMENTO. DENUNCIAÇÃO DA LIDE.** Ação indenizatória; ato ilícito; procuração falsa. **Cabimento de denunciar-se a lide o titular do tabelionato, na forma da lei 8935/94. Função exercida por delegação do poder público.** Responsabilidade solidária de Estado e notário, em casos assim. Parecer do MP. AGRAVO PROVIDO. (Agravo de Instrumento Nº 70032768863, Décima Nona Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: José Francisco Pellegrini, Julgado em 09/03/2010)
>
> **AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO ORDINÁRIA DE ANULAÇÃO DE ATO JURÍDICO. PROCURAÇÃO E SUBSTABELECIMENTO LAVRADO EM TABELIONATO DE NOTAS - DENUNCIAÇÃO DA LIDE DO TITULAR DO CARTÓRIO - POSSIBILIDADE.** RECURSO PROVIDO. **Nos moldes do art.70, III do CPC, inteiramente cabível é a denunciação da lide ao titular do cartório em cujas notas foram lavrados a procuração e o substabelecimento que se busca anular, e que possibilitaram a alienação do imóvel da autora.** (Acórdão 3135, 5ª Câmara Cível, Tribunal de Justiça de MG, Relator Cunha Ribas).
>
> APELAÇÃO CÍVEL. **RESPONSABILIDADE CIVIL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. ABERTURA E RECONHECIMENTO DE FIRMA COM BASE EM ASSINATURA FALSA. NEGLIGÊNCIA DO CARTÓRIO. DEVER DE INDENIZAR POR PARTE DO NOTÁRIO.** RECURSO IMPROVIDO. 1.**Os notários e oficiais de registro respondem pelos danos que ele e seus prepostos causarem a terceiros, decorrentes da abertura e reconhecimento de firma com base em assinatura falsa.** 2.**Comprovada a existência dos pressupostos da responsabilidade subjetiva, quais sejam, ato ilícito, nexo de causalidade e o dano, exsurge o dever do agente em indenizar a vítima.** 3.O dano moral, "in casu", existe in re ipsa, quer dizer, decorre do próprio ato, prescindindo da comprovação do prejuízo. 4.Recurso conhecido e improvido. 5.Sentença confirmada. (Apelação Cível nº 6253110200580600011, Relator Francisco Sales Neto, 1ª Câmara Cível, Tribunal de Justiça do CE, Julgado em 11/05/2009)

A denunciação da lide é modalidade de intervenção de terceiro (art. 70, do CPC) que apresenta nova demanda, porém, no mesmo processo. De fato, a denunciação da lide provoca uma **ampliação do objeto litigioso**, o que importa dizer que o processo passará a ter duas demandas: a principal e outra de caráter incidental. Desenvolve-se na mesma base procedimental do processo originário, e serve para garantir o negócio jurídico caso o denunciante venha a sair vencido no processo.

De acordo com o art. 76, do CPC, acarreta cumulação de ações, de forma que mesmo sucumbindo o denunciante, fica garantida a obtenção de sentença sobre sua relação jurídica com o denunciado, livrando o primeiro de nova demanda para reclamar indenização de perdas e danos do segundo. Em sua substância, tal intervenção de terceiro traz em seu bojo pretensão notadamente regressiva, na qual pretende o denunciante vê-se ressarcido pelo denunciado de eventuais prejuízos que porventura venha a sofrer em razão de processo pendente.

Dito isto não merece prosperar o fundamento consignado na decisão vergastada quando pontua a necessidade de pedido de cunho indenizatório, na petição inicial, para viabilizar o conhecimento da denunciação da lide com base no inciso III, do art. 70, do CPC. A uma, porque o objetivo da denunciação da lide é exatamente impor a responsabilidade por perdas e danos ao denunciado, por sentença, valendo como título executivo (art. 76, do CPC). A duas, porque a relação jurídica entre o Denunciante/ Agravante e a Denunciada/ Agravada é diversa daquela que existe entre aquele e a Agravada/ Autora da Ação Principal. São duas relações jurídicas independentes entre si. Repiso: na denunciação da lide haverá, *in simultaneus processus,* duas ações, pois o ato de denúncia implica a propositura de uma segunda ação, ou seja, da ação de regresso.

Naquilo que diz com a **fixação dos pontos controvertidos**, entendo que o magistrado de piso não atentou seguramente para os fatos alegados pelo Réu, ora Agravante.

Observa-se que o Agravante pretende a discussão sobre eventuais ilegalidades e fraudes havidas na ocasião da lavratura da citada Escritura Pública de Compra e Venda (ponto controvertido fixado pelo juiz *a quo*), mas também suscita, em sua contestação, possível conluio fraudulento entre Helena Maria de Sousa Ferreira (Autora da apontada Ação de Nulidade, que se diz a legítima proprietária do imóvel em questão) e os senhores "Valdir" e "Eurico", que negociaram o referido imóvel com o Agravante, dentre outros pontos.

Visto isso, depreende-se que o Réu/ Agravante almeja a declaração da existência ou inexistência de relação jurídica válida entre as pessoas acima indicadas, visando à elucidação dos fatos como verdadeiramente ocorreram. Desta feita, não pode o magistrado escusar-se de apreciar tão relevante ponto.

E não se cuida, aqui, de invadir a esfera do livre convencimento do juiz quando da apreciação das provas, conforme cuida o dispositivo do art. 130, da Lei Adjetiva, que diz: *"Caberá ao juiz, de ofício ou a requerimento da parte, determinar as provas necessárias à instrução do processo, indeferindo as diligências inúteis ou meramente protelatórias."* Mas, antes disso, significa impedir a preterição do direito do Réu/ Agravante de produzir suas provas, fazendo com que os seus argumentos sejam, efetivamente, considerados no julgamento da demanda.

Neste azo, colaciono elucidativo julgado do STJ, em caso assemelhado:

AÇÃO REINTEGRATÓRIA DE POSSE COM PEDIDO DE

> INDENIZAÇÃO. JULGAMENTO ANTECIPADO DA LIDE. **AUSÊNCIA DA NECESSÁRIA INSTRUÇÃO PROBATÓRIA. CERCEAMENTO AO DIREITO DE DEFESA. MATÉRIA DE ORDEM PÚBLICA.** ANULAÇÃO DA SENTENÇA. POSSIBILIDADE. AFASTAMENTO DA MULTA DO ARTIGO 538, PARÁGRAFO ÚNICO DO CPC. RECURSO ESPECIAL PARCIALMENTE PROVIDO. 1. **Evidenciada a necessidade de produção de provas requeridas pela ré, a tempo oportuno, constitui cerceamento de defesa o julgamento antecipado da lide, com infração aos princípios constitucionais do contraditório, ampla defesa e devido processo legal.** 2. No caso concreto, foi reconhecido pelo Tribunal Estadual que o julgamento antecipado importou em supressão de provas necessárias à comprovação de fatos controvertidos, pertinentes e relevantes, e a respeito dos quais não existe nos autos prova suficiente à formação de séria convicção. 3. Recurso especial parcialmente provido apenas para afastar a multa do artigo 538, parágrafo único do CPC. (REsp 661.009/ES, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 19/10/2010, DJe 26/10/2010)

Para a situação posta, portanto, a dilação probatória é medida que se impõe, em atendimento ao preceito do art. 333, inciso II, do CPC, bem como aos princípios do contraditório e da ampla defesa (art. 5º, inciso LV, da CF/88). Assim, merece acolhida a pretensão recursal do Agravante, haja vista implicar consequências diretas na produção das provas.

Diante do exposto, **conheço** do Agravo de Instrumento e **dou-lhe provimento** para o fim de reformar a decisão recorrida no sentido de determinar a reintegração da litisdenunciada, Ângela Maria Araújo Morais Correia – Tabeliã do Cartório Morais Correia (4º Ofício de Notas de Fortaleza) – ao polo passivo da ação, assim como que o juiz *a quo* fixe os pontos controvertidos da demanda, levando-se em consideração os fatos invocados pelo Agravante.

É como voto.

Fortaleza, 23 de janeiro de 2012.

Processo: 0001485-13.2011.8.06.0000 – Agravo de Instrumento
Agravante: Banco do Nordeste do Brasil S/A
Agravado: Equipar Equipamentos Automotivos Ltda
Relatora: Desa. Maria Nailde Pinheiro Nogueira

EMENTA: PROCESSUAL CIVIL. CIVIL. EXIBIÇÃO DE DOCUMENTOS. IMPOSIÇÃO DE MULTA EM CASO DE DESCUMPRIMENTO. IMPOSSIBILIDADE. CAPITALIZAÇÃO MENSAL DE JUROS EM CÉDULAS DE CRÉDITO COMERCIAL. POSSIBILIDADE, DESDE QUE EXPRESSAMENTE PACTUADA. AGRAVO CONHECIDO E PROVIDO.

1.No âmbito da ação de exibição de documentos não se revela possível a imposição de multa em face de eventual descumprimento da decisão, conforme estabelece a súmula 372 do Superior Tribunal de Justiça: *"Na ação de exibição de documentos, não cabe a aplicação de multa cominatória."*.

2.Conforme orientação firmada no Superior Tribunal de Justiça, *"(...) A capitalização dos juros é admissível quando pactuada e desde que haja legislação específica que a autorize. Assim, permite-se sua cobrança na periodicidade mensal nas cédulas de crédito rural, comercial e industrial (Decreto-lei n. 167/67 e Decreto-lei n. 413/69), bem como nas demais operações realizadas pelas instituições financeiras integrantes do Sistema Financeiro Nacional, desde que celebradas a partir da publicação da Medida Provisória n. 1.963-17 (31.3.00). (...) (AgRg nos EDcl no REsp 856.945/TO, Rel. Ministro SIDNEI BENETI, TERCEIRA TURMA, julgado em 22/02/2011, DJe 28/02/2011).*

3.Agravo conhecido e provido, reformando a decisão agravada para manter apenas a determinação de exibição de documentos, sob pena de incidência da sanção prevista no art. 359 do Código de Processo Civil.

ACÓRDÃO:

Vistos, relatados e discutidos os autos do processo em epígrafe, adordam os Desembargadores da 2ª Câmara Cível em conhecer e dar provimento ao Agravo, reformando integralmente a decisão para manter apenas a determinação de exibição de documentos, sob pena de incidência da sanção prevista no art. 359 do Código de Processo Civil , nos termos do voto da Desa. Relatora.

Fortaleza, 05 de outubro de 2011.

RELATÓRIO

Cuida-se de Agravo de Instrumento interposto por **BANCO DO NORDESTE DO BRASIL S/A** em face de **EQUIPACAR EQUIPAMENTOS AUTOMOTIVOS LTDA** visando impugnar decisão interlocutória da lavra do juízo da 16ª Vara Cível da Comarca de Fortaleza-CE que, nos autos da ação cautelar de exibição de documentos, ordenou a exibição dos documentos reclamados e a imediata retirada do nome da empresa ora Agravada dos cadastros de restrição ao crédito, sob pena de multa diária arbitrada em R$ 500,00 (quinhentos reais).

No abono de sua postulação suspensiva, a instituição financeira ora Agravante aduz, em síntese, que (fls. 06/12): **i)** não estão presentes os requisitos necessários para o deferimento da medida liminar; **ii)** a referida decisão afronta os termos da súmula 372 do STJ.

Deferi parcialmente a medida liminar nos seguintes termos: "*defiro parcialmente a medida liminar postulada, atribuindo efeito suspensivo ao agravo para suspender os efeitos da decisão impugnada, mantendo-se apenas a determinação de imediata exibição dos documentos, sob pena de incidência das sanções preconizadas no art. 359 do CPC."* (fls. 65/72)

Foram prestadas informações às fls. 76/77.

Decorrido o prazo sem contrarrazões (fl. 78).

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, as mesmas razões que me levaram a deferir a súplica liminar ainda revelam-se presentes, de modo que me limito a, doravante, fazer referência aos fundamentos ali invocados.

1. No âmbito da ação de exibição de documentos não se revela possível a imposição de multa em face de eventual descumprimento da decisão, conforme estabelece a súmula 372 do Superior Tribunal de Justiça: *"Na ação de exibição de documentos, não cabe a aplicação de multa cominatória."*

Sob tal enfoque, no âmbito da ação cautelar de exibição de documentos, deve o magistrado limitar-se a determinar – se for o caso – a exibição de documentos, e, descumprindo-se injustificadamente tal determinação, sobre eles recai uma presunção de veracidade, nos termos do art. 359 do CPC:

> Art. 359. Ao decidir o pedido, o juiz admitirá como verdadeiros os fatos

que, por meio do documento ou da coisa, a parte pretendia provar: I - se o requerido não efetuar a exibição, nem fizer qualquer declaração no prazo do art. 357; II - se a recusa for havida por ilegítima.

Sobre este ponto, colho precedentes do STJ:

PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DECLARATÓRIOS RECEBIDOS COMO AGRAVO REGIMENTAL. EXIBIÇÃO DE DOCUMENTOS. MULTA DIÁRIA. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 372/STJ. AFASTAMENTO. PRECLUSÃO. NÃO OCORRÊNCIA. ART. 461, §6º, DO CPC.
1. Em sede de ação cautelar de exibição de documentos não cabe a aplicação da multa cominatória prevista no art. 461 do CPC. Súmula 372/STJ.
2. Não há falar-se em preclusão no afastamento da multa em sede de recurso especial uma vez que o artigo 461, § 6º, do Código de Processo Civil, autoriza o julgador a alterar, a requerimento da parte, ou mesmo de ofício, a multa quando esta se tornar insuficiente, excessiva, ou desnecessária, ainda que transitada em julgado a sentença. Precedentes.
3. Embargos de declaração recebidos como agravo regimental a que se nega provimento. (EDcl no Ag 1367713/RS, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 17/02/2011, DJe 22/02/2011)

PROCESSO CIVIL. ASTREINTES. FIXAÇÃO EM MEDIDA CAUTELAR. EXIBIÇÃO DE DOCUMENTOS. TRÂNSITO EM JULGADO. EXECUÇÃO. AFASTAMENTO DA MULTA DIÁRIA. POSSIBILIDADE.
1. A decisão proferida em medida cautelar não transita materialmente em julgado.
2. A jurisprudência do STJ é pacífica no sentido de não admitir a fixação de astreintes em ação de exibição de documentos.
3. A fixação de multa diária em ação cautelar de exibição de documentos, ainda que transitada formalmente em julgado, comporta revisão por ocasião da execução da sentença.
4. Astreinte afastada, nos termos da Súmula 372/STJ.
5. Recurso especial conhecido em parte e, essa parte, provido. (REsp 1162864/GO, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 16/12/2010, DJe 25/02/2011)

PROCESSUAL CIVIL.AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. SÚMULA 282/STF. AÇÃO DE EXIBIÇÃO DE DOCUMENTOS. ASTREINTE. INAPLICABILIDADE. SÚMULA 372/STJ. 1. Não se conhece de Recurso Especial quanto a matéria não especificamente enfrentada pelo Tribunal de origem, dada a ausência de prequestionamento. Incidência, por analogia, da Súmula 282/STF. 2. A fixação de multa pecuniária por descumprimento da ordem de apresentação do documento é incompatível com a ação cautelar respectiva, porquanto suficiente a presunção de veracidade que o provimento da ação, como elemento probante, fornece ao processo principal. 3. Recurso Especial parcialmente provido. (REsp 1183163/SP, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN,

> SEGUNDA TURMA, julgado em 18/05/2010, DJe 01/07/2010)
>
> AGRAVO REGIMENTAL. AÇÃO DE EXIBIÇÃO DE DOCUMENTOS. MULTA. ART. 461 DO CPC. INAPLICABILIDADE. SÚMULA 372/STJ.
> 1. Em ação cautelar de exibição de documentos é inaplicável a multa cominatória preconizada pelo art. 461 do CPC, pois o instrumento adequado para o cumprimento da ordem judicial emitida em tal demanda, caso seja desobedecida, é a busca e apreensão. Incidência da Súmula 372/STJ.
> 2. Agravo regimental improvido. (AgRg no REsp 980.797/DF, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 23/03/2010, DJe 06/04/2010)
>
> EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO RECURSO ESPECIAL - EMBARGOS CONHECIDOS AGRAVO REGIMENTAL - PRINCÍPIO DA FUNGIBILIDADE RECURSAL - POSSIBILIDADE - AÇÃO DE EXIBIÇÃO DE DOCUMENTOS - ART. 461, §4º, DO CPC - MULTA COMINATÓRIA - ASTREINTES - ORDEM JUDICIAL DE EXIBIÇÃO DE DOCUMENTO - AÇÃO CAUTELAR - IMPOSIÇÃO DE MULTA COMINATÓRIA - NÃO CABIMENTO - INCIDÊNCIA DA SÚMULA N. 372/STJ - RECURSO IMPROVIDO. (EDcl no REsp 711.470/SC, Rel. Ministro MASSAMI UYEDA, TERCEIRA TURMA, julgado em 01/10/2009, DJe 21/10/2009)

Com efeito, há de se reformar a decisão para que se mantenha apenas a determinação da exibição dos documentos, afastando-se, contudo, a imposição de multa diária em caso de descumprimento, haja vista que, neste último caso, as sanções já estão previstas no art. 359 do CPC.

2. No que tange à determinação de que a instituição financeira se abstenha de incluir o nome da empresa nos cadastros de proteção ao crédito, há que se ressaltar que o fundamento invocado para este afastamento é a suposta ilegalidade na capitalização de juros.

Entretanto, tal alegação não se reveste da necessária plausibilidade, haja vista que o Superior Tribunal de Justiça vem admitindo a referida capitalização em cédulas de crédito comercial quando expressamente pactuadas, conforme orientação que a seguir transcrevo:

> "(...) **A capitalização dos juros é admissível quando pactuada e desde que haja legislação específica que a autorize. Assim, permite-se sua cobrança na periodicidade mensal nas cédulas de crédito rural, comercial e industrial (Decreto-lei n. 167/67 e Decreto-lei n. 413/69), bem como nas demais operações realizadas pelas instituições financeiras integrantes do Sistema Financeiro Nacional,** desde que celebradas a partir da publicação da Medida Provisória n. 1.963-17 (31.3.00). (...) (AgRg nos EDcl no REsp 856.945/TO, Rel. Ministro SIDNEI BENETI, TERCEIRA TURMA, julgado em 22/02/2011, DJe 28/02/2011)
>
> PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO

> ESPECIAL. CONTRATO DE FINANCIAMENTO. PROCURAÇÃO. AUTENTICAÇÃO. JUROS REMUNERATÓRIOS. CAPITALIZAÇÃO DE JUROS. COMISSÃO DE PERMANÊNCIA.
> 1. "É desnecessária a autenticação de cópia de procuração e de substabelecimento, porquanto se presumem verdadeiros os documentos juntados aos autos pelo autor, cabendo à parte contrária argüir-lhe a falsidade" (ED-ED-AG n. 1.039.617/RS, Rel. Min. João Otávio de Noronha, DJe de 24.11.2008).
> 2. Nos contratos bancários não se aplica a limitação da taxa de juros remuneratórios em 12% ao ano, não se podendo aferir a exorbitância da taxa de juros apenas com base na estabilidade econômica do país, sendo necessária a demonstração, no caso concreto, de que a referida taxa diverge da média de mercado.
> 3. No que respeita à capitalização mensal de juros, ela é legal em contratos bancários celebrados posteriormente à edição da MP 1.963-17/2000, de 31/3/2000, desde que expressamente pactuada.
> 4. Legal a cobrança da comissão de permanência na fase de inadimplência, desde que não cumulada com correção monetária, juros remuneratórios, multa contratual e juros moratórios (Súmulas 30 e 294/STJ).
> 5. Agravo regimental a que se nega provimento.
> (AgRg no REsp 1009512/MS, Rel. Ministra MARIA ISABEL GALLOTTI, QUARTA TURMA, julgado em 15/02/2011, DJe 22/02/2011)

Ressalte-se, ademais, que o Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, seguindo orientação jurisprudencial do STJ, somente vem admitindo a exclusão do devedor dos Cadastros de Proteção ao Crédito quando i) há ação questionando os débitos; ii) há plausibilidade nas alegações, em conformidade com jurisprudência do STJ e do STF; e iii) quando prestada caução idônea ou quando depositado o montante incontroverso. Neste sentido, transcrevo os seguintes precedentes:

> Ementa: PROCESSO CIVIL. AÇÃO REVISIONAL DE CLÁUSULAS DE CONTRATO DE FINANCIAMENTO BANCÁRIO. DISCUSSÃO JUDICIAL DA DÍVIDA. CONCESSÃO DE TUTELA JURISDICIONAL ANTECIPADA PARA O FIM DE DETERMINAR A EXCLUSÃO DO NOME DO AUTOR DOS CADASTROS DE PROTEÇÃO AO CRÉDITO. NECESSIDADE DE QUE SEJA PRESTADA CAUÇÃO IDÔNEA. - A jurisprudência pátria permite a exclusão do nome do devedor dos cadastros de proteção ao crédito enquanto pendente ação judicial em que se discute a dívida, ou parte dela. - Entretanto, como se cuida de discussão de parte da dívida contratada, é necessário que o devedor efetue o depósito da parte incontroversa do débito. - Necessidade de fixação, pelo Juiz da causa, de caução idônea. Agravo conhecido e provido em parte. (Agravo de Instrumento 2386161200980600000; Relator(a): ADEMAR MENDES BEZERRA; Comarca: Fortaleza; Órgão julgador: 2ª Câmara Cível; Data de registro: 24/01/2011

> Ementa: PROCESSO CIVIL. AÇÃO CONTESTANDO DÍVIDA ORIUNDA DE CARTÃO DE CRÉDITO. QUESTIONAMENTO PARCIAL

> DO DÉBITO. ANTECIPAÇÃO DE TUTELA CONCEDIDA PARA O FIM DE DETERMINAR A EXCLUSÃO DO NOME DA AUTORA DOS REGISTROS DE PROTEÇÃO AO CRÉDITO. POSSIBILIDADE, DESDE QUE OBEDECIDAS CERTAS CONDIÇÕES. PRECEDENTES. - A causa de pedir constante da lide originária é a dívida gerada em cartão de crédito de titularidade da autora, questionando parte do débito. - A concessão de medida liminar em sede cautelar ou a antecipação da tutela jurisdicional com a finalidade de excluir o nome de devedor dos cadastros de proteção ao crédito subordina-se ao atendimento de certos requisitos elencados pela jurisprudência uniformizadora do Superior Tribunal de Justiça, quais sejam: 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). - Na espécie, nem a autora postulou e nem o Juiz da causa determinou que se efetivasse o depósito judicial da quantia incontroversa, motivo pelo qual é necessária a reforma parcial da interlocutória de primeiro grau para que este requisito seja obedecido, condicionando a manutenção da exclusão do nome da agravada dos registros de proteção ao crédito ao depósito do valor referente à parte da dívida não contestada. Agravo conhecido e provido de forma parcial. (Agravo de instrumento com pedido de efeito suspensivo 887284200880600000; Relator(a): ADEMAR MENDES BEZERRA Comarca: Fortaleza; Órgão julgador: 2ª Câmara Cível; Data de registro: 01/12/2010)

Sob tal enfoque, também quanto a este aspecto deve ser a decisão reformada, haja vista que não restaram preenchidos os requisitos necessários para o deferimento da medida cautelar de não inclusão da devedora nos cadastros de inadimplência.

ISTO POSTO, conheço do Agravo e dou-lhe provimento, reformando a decisão agravada, porém mantendo a determinação de exibição de documentos sob pena de incidência da sanção prevista no art. 359 do CPC.

É como voto.

Fortaleza, 05 de outubro de 2011.

Agravo de Instrumento nº 15947-14.2007.8.06.0000/0
Agravante: MUNICÍPIO DE FORTALEZA
Agravada: MINISTÉRIO PÚBLICO ESTADUAL
Origem: 4ª VARA DA FAZENDA PÚBLICA DA COMARCA DE FORTALEZA
Relator: DES. ADEMAR MENDES BEZERRA

EMENTA. PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. DEFERIMENTO DE PEDIDO LIMINAR DETERMINANDO A IMEDIATA SUSPENSÃO DA SELEÇÃO PÚBLICA PARA PROFESSOR SUBSTITUTO DO QUADRO DA SECRETARIA MUNICIPAL DE EDUCAÇÃO. EDITAL nº017/2007. DECISÃO SUSPENSIVA PROFERIDA PELA PRESIDÊNCIA DESTA CORTE. PERDA SUPERVENIENTE DO INTERESSE RECURSAL. 1. Verificando-se que a pretensão deduzida no presente agravo de instrumento restou contemplada por decisão proferida pela Presidência desta Corte que suspendeu os efeitos da liminar deferida em sede de ação civil pública, dever ser reconhecida a perda superveniente do interesse recursal, **restando prejudicado o julgamento do recurso em epígrafe. 2.** RECURSO PREJUDICADO.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de Agravo de Instrumento nº 15947-14.2007.8.06.0000/0**,** em que figuram as partes acima referidas, acordam os Senhores Desembargadores integrantes da Turma Julgadora da Segunda Câmara Cível do egrégio Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, por unanimidade, julgar prejudicado o recurso nos termos do voto do relator.

Fortaleza-CE, 19 de janeiro de 2011.

RELATÓRIO

Cuidam os autos de recurso de agravo de instrumento com pedido de efeito suspensivo, ajuizado contra decisão proferida pelo MM Juiz de Direito da 4ª Vara da Fazenda Pública da Comarca de Fortaleza que, nos autos da Ação Civil Pública nº 2007.0015.6148-9, acolheu pedido do Ministério Público Estadual e determinou a suspensão da seleção pública para contratação de professores substitutos do quadro de

pessoal da Secretaria Municipal de Educação e Assistência Social – SEDAS.

O Município de Fortaleza pretende ver modificado o *decisum* alegando inicialmente que a suspensão da citada seleção é suscetível de causar lesar lesão grave e de difícil reparação, visto que a intenção do gestor público foi a de atender o grande número de alunos matriculados nas escolas públicas municipais, zelando pela coletividade e evitando a perda do ano letivo de 2007. Acrescenta que não foi observado no caso o teor do art.2º da Lei 8.437/92, o qual dispõe que em sede de mandado de segurança coletivo ou em ação civil pública, a liminar somente poderia ser concedida após a audiência do representante da pessoa jurídica de direito público. Requer, ao final, a concessão da suspensividade e, no mérito, o provimento do recurso para reformar a decisão agravada.

À fl.48 o agravante peticionou encaminhando cópia da decisão proferida pelo Presidente do Tribunal de Justiça suspendendo a execução da liminar objeto deste recurso.

Às fls.52/53 indeferi o efeito suspensivo.

Contrarrazões às fls. 60/86.À fl. 88 o MM Juiz *a quo* informa que os autos da Ação Civil Pública estão em poder de empresa terceirizada para fins de digitalização desde junho de 2010.

No parecer de fls. 56/60 a ilustre representante do Ministério Público opinou pelo desprovimento do recurso.

É o breve relatório.

VOTO

Da leitura do caderno processual e atento ao que ponderou a ilustre Procuradora de Justiça no parecer de fls. 94/97, tenho por prejudicado o julgamento do recurso.

É que, em rigor, a pretensão deduzida no presente agravo, no sentido de reformar a decisão liminar deferida na ação civil pública, conforme se às fls. 49/50, já foi devidamente obtida por meio de decisão da Presidência deste Egrégio Tribunal de Justiça em sede de Suspensão de Segurança requerida pelo Município de Fortaleza quando se determinou o sobrestamento dos efeitos do comando judicial ora impugnado.

Nesse passo, conforme a conclusão do parecer da representante da PGJ, " *conclui-se que a decisão proferida no pedido de suspensão coincide com a pretensão deste agravo de instrumento, ocorrendo, portanto, a perda do objeto em relação a este*", fl.96.

Diante das consideração expostas, julgo prejudicado o presente agravo de instrumento.

É como voto.

Fortaleza, 19 de janeiro de 2011.

AGRAVO DE INSTRUMENTO N. 17472-94.2008.8.06.0000/0 DE FORTALEZA
AGRAVANTE: ESTADO DO CEARÁ
AGRAVADO: JOSÉ ANTÔNIO DE LIMA NETO
RELATOR: DES. RÔMULO MOREIRA DE DEUS

EMENTA: AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO ORDINÁRIA. FORNECIMENTO DE MEDICAÇÃO DE ALTO CUSTO A PACIENTE CARENTE PORTADOR DE CÂNCER. ILEGITIMIDADE PASSIVA. LITISCONSÓRCIO PASSIVO NECESSÁRIO ENTRE A UNIÃO, O ESTADO DO CEARÁ E O MUNICÍPIO DE FORTALEZA. PRELIMINARES REJEITADAS. DIREITO À SAÚDE E À VIDA DIGNA. OBJEÇÃO DA RESERVA DO POSSÍVEL COM BASE EM CONJECTURAS. IMPROCEDÊNCIA. DECISÃO ACORDE À JURISPRUDÊNCIA INVARIÁVEL DO TRIBUNAL. 1. A ordem constitucional consagra o direito à saúde como obrigação indeclinável do Poder Público, "qualquer que seja a dimensão institucional em que atue no plano de nossa organização federativa" (STF, RE 562383, Min. Celso de Mello, DJ 08.10.07), impondo-se ao Estado assegurar as condições necessárias para a sua fruição, garantindo a integridade desse direito essencial. 2. A jurisprudência invariável deste Tribunal é uníssona quanto à responsabilidade solidária e linear de o Poder Público (União, Estados, Municípios e Distrito Federal) fornecer, gratuitamente, a pessoas carentes, portadoras de patologias graves, medicamentos destinados a assegurar condições à continuidade da vida digna e preservação da saúde. 3. O direito de estirpe constitucional é norma; se está na Constituição é para ser cumprido, inadmissível degradá-lo a condição subalterna ou reduzi-lo a mero desejo de utopia do constituinte, mormente quando em risco o próprio direito à vida, cuja proteção está acima de qualquer sutileza administrativa. 4. Raciocínios abstratos acerca da reserva do possível, sem o correspondente respaldo no plano fático-probatório, não se prestam como argumentação jurídica. A Justiça não pode, nem deve construir suas decisões com base em conjecturas ou ilações destituídas de elementos concretos, carentes de justo motivo objetivamente aferível. 5. Agravo de Instrumento conhecido, mas improvido. 6. Unanimidade.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos, acordam os

Desembargadores integrantes da Terceira Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, na conformidade da ata de julgamento, por decisão unânime, em rejeitar as preliminares suscitadas e, no mérito, negar provimento ao Agravo de Instrumento, nos termos do voto do Relator.

Fortaleza, 21 de novembro de 2011.

RELATÓRIO

Cuida-se de Agravo de Instrumento, com pedido de efeito suspensivo, interposto pelo ESTADO DO CEARÁ contra a decisão do Juiz da 2ª Vara da Fazenda Pública da Comarca de Fortaleza que, em sede de ação ordinária, voltada ao fornecimento gratuito de medicamento destinado ao tratamento do Agravado, portador de Leucemia Mielóide Aguda, determinou que o Recorrente fornecesse imediatamente ao Autor a medicação SORAFENIBE, sob pena de multa diária de R$ 1.000,00 (um mil reais).

Alega o Recorrente, preliminarmente, sua ilegitimidade passiva *ad causam,* ao passo em que atribui à União, exclusivamente, a responsabilidade pela promoção do tratamento oncológico pretendido, através do Sistema Único de Saúde – SUS.

Alternativamente, ainda em sede de preliminar, o Agravante argumenta que competiria não só ao Ente estadual, mas também à União e ao Município de Fortaleza o fornecimento da medicação almejada, daí a necessidade, a seu ver, de chamá-los ao feito em litisconsórcio necessário.

Quanto ao mérito, alega o Estado a ausência de plausibilidade jurídica em obrigá-lo ao fornecimento de medicamentos fora das políticas públicas existentes, para além dos limites orçamentários previamente estabelecidos, sob pena de ensejar a inoperância da rede pública de saúde, ante o elevado preço do fármaco receitado.

Nas contrarrazões (f. 43-53), argumenta o Agravado que o Ente público estadual se manteve firme na recusa do custeio do tratamento farmacológico solicitado à conta de não previsão em listas da Secretaria de Saúde do Estado e protocolo/diretrizes terapêuticas do Ministério da Saúde.

Liminar indeferida às f. 35-37.

Instada à emissão de parecer, a Procuradoria Geral da Justiça opinou pelo conhecimento do Recurso e por seu improvimento, para o fim de ser mantida a decisão vergastada em todos os seus termos (f. 65-71).

Inicialmente distribuídos aos ofícios do Des. José Arísio Lopes da Costa, em virtude de sua assunção à Vice-Presidência desta Corte, estes autos foram a mim encaminhados (f. 56-57).

Relatado em suma, passo a proferir meu voto.

VOTO

Nitidamente improcedentes, as preliminares arguidas pelo Estado do Ceará

(ilegitimidade passiva e litisconsórcio passivo necessário) já foram reiteradas vezes rejeitadas em julgamentos tomados por este Tribunal em casos similares, dispensando-se exaustiva argumentação a respeito.

De fato, direito à saúde é dever do Estado no sentido genérico, tratando-se, portanto, de obrigação solidária, sendo o Sistema Único de Saúde financiado pela União, Estados-membros e Municípios. Assim, não há exclusão da responsabilidade dos entes federativos para o fornecimento de medicação ao enfermo hipossuficiente, podendo este, inclusive, acionar isolada ou cumulativamente, qualquer deles.

Com efeito, a ordem constitucional consagra o direito à saúde como obrigação indeclinável do Poder Público, "qualquer que seja a dimensão institucional em que atue no plano de nossa organização federativa" (STF, RE 562383, Min. Celso de Mello, DJ 08.10.07), impondo-se ao Estado assegurar as condições necessárias para a sua fruição, garantindo a integridade desse direito essencial.

Basta conferir a jurisprudência invariável deste Tribunal para observar que o entendimento aqui adotado tem guarda pretoriana forte, cujos precedentes são iterativos quanto à responsabilidade solidária e linear de o Poder Público (União, Estados, Municípios e Distrito Federal) fornecer, gratuitamente, a pessoas carentes, medicamentos destinados a assegurar condições à continuidade da vida digna e preservação da saúde.

Por oportuno, colaciono acórdão unânime da relatoria do Des. Antônio Abelardo Benevides Morais, cuja fundamentação liquida a objeção suscitada pelo Estado, transcrito no que importa:

> CONSTITUCIONAL E PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL EM MANDADO DE SEGURANÇA. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTO PELO ESTADO. ILEGITIMIDADE PASSIVA DO ESTADO DO CEARÁ. INADEQUAÇÃO DO MEIO PROCESSUAL UTILIZADO. PRELIMINARES AFASTADAS. DECISÃO MANTIDA.
> 1. Como a Constituição Federal em seu art.196 estabelece que a saúde é dever do Estado, sem fazer qualquer distinção quanto aos entes da federação, o funcionamento do SUS e o fornecimento de medicamento é de responsabilidade solidária dos três entes, o que dispensa a obrigatoriedade do litisconsórcio. Desse modo, a pretensão mandamental pode ser ajuizada em face de qualquer ente federativo, isolada ou conjuntamente. Precedentes.
> [...]
> 4. Recurso conhecido, porém desprovido. (AgReg no MS n. 19631-73.2009.8.06. 0000/1, Pleno, j. Em 09.12.2010)

Verificada, assim, a legitimidade passiva do Estado para ministrar a medicação ora requisitada e a inocorrência do litisconsórcio necessário, rejeito as preliminares suscitadas.

No plano normativo, o direito do Recorrido encontra amparo basicamente em dois dispositivos da Constituição Federal de superlativa importância e inescusável observância, a seguir transcritos:

> 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:
>
> Art. 196. A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação

O direito de estirpe constitucional é norma; se está na Constituição é para ser cumprido, inadmissível degradá-lo a condição subalterna ou reduzi-lo a mero desejo de utopia do constituinte, mormente quando em risco o próprio direito à vida, cuja proteção está em cima de qualquer sutileza administrativa.

Por isso já se decidiu que "as normas burocráticas não podem ser erguidas como óbice à obtenção de tratamento adequado e digno por parte do cidadão carente" (STJ, RMS 17903/MG, Min. Castro Meira, DJ 20.09.04), certo, ademais, que "o direito igual à vida de todos os seres humanos significa também que, nos casos de doença, cada um tem direito a tratamento condigno de acordo com o estado atual da Ciência Médica, independentemente de sua situação econômica, sob pena de não ter muito valor sua consignação em normas constitucionais" (SILVA, José Afonso da. Comentário Contextual à Constituição, São Paulo: Malheiros, 2006, 2ª edição, p. 767).

Na diretiva, são reiterados os precedentes do Plenário deste Tribunal:

MS n. 22297-47.2009.8.06.0000/0, Pleno, Rel. Des. Francisco Pedrosa Teixeira, j. em 13.01.2011; MS n. 15877-31-2006.8.06.0000/0, Pleno, Rel. Des. José Mário dos Martins Coelho, j. em 20.01.2011; MS n. 24652-30.2009.8.06.0000/0, Pleno, Rel. Des. Celso Albuquerque Macedo, j. em 11.11.2010; *inter plures*.

Por fim, entendo que o Estado do Ceará exagerou na dose ao insinuar risco de colapso da rede pública de saúde, circunstância a depender de fatos e prova, melhor dizendo, de elementos concretos, algo aqui faltante.

Com efeito, raciocínios abstratos acerca da reserva do possível, sem o correspondente respaldo no plano fático-probatório, não se prestam como argumentação jurídica. A Justiça não pode, nem deve construir suas decisões com base em conjecturas ou ilações destituídas de elementos concretos, carentes de justo motivo objetivamente aferível.

Firme em tais fundamentos, conheço deste Agravo de Instrumento, por preencher os requisitos intrínsecos e extrínsecos, e, no mérito, nego-lhe provimento, mantendo, integralmente, a decisão combatida que assegurou ao Agravado JOSÉ ANTÔNIO DE LIMA NETO a dispensação do fármaco indicado ao tratamento de que necessita, conforme prescrição médica acostada aos autos.

É como voto.

Fortaleza, 21 de novembro de 2011.

AGRAVO DE INSTRUMENTO N. 20368-76.2009.8.06.0000/0 DE JUAZEIRO DO NORTE
AGRAVANTE: I.R.M.O
AGRAVADAS: M.F.A.M e E.M.M
RELATOR: DES. RÔMULO MOREIRA DE DEUS

EMENTA: AGRAVO DE INSTRUMENTO. RESTABELECIMENTO DE PENSÃO ALIMENTÍCIA. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO. OFENSA AO ART. 93, IX, DA CF. RECURSO PROVIDO. DECISÃO ANULADA.

1. A fundamentação é requisito indispensável em todas as decisões judiciais, pois, somente assim, será possível saber que razões levaram o julgador, dentro do seu livre convencimento motivado, a decidir dessa ou daquela forma, podendo a parte eventualmente prejudicada, utilizando-se do meio adequado, impugnar os motivos apontados pelo magistrado, exercendo, desse modo, a sua ampla defesa.

2. Consoante já decidiu o Superior Tribunal de Justiça, "não obstante o art. 165 do CPC admita a motivação sucinta, tal concisão não se confunde com a ausência de fundamentação, inviabilizadora do amplo exercício do direito de defesa". (STJ, RMS 25.462/RJ, Rel. Min. Nancy Andrighi, 3ª Turma, DJe 20.10.2008).

3. Agravo de Instrumento conhecido e provido.

ACÓRDÃO

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

RELATÓRIO

Cuida-se de Agravo de Instrumento, com pedido de efeito suspensivo, manejado por Inês Regis Matias de Oliveira, adversando decisão do Juízo da 4ª Vara da Comarca de Juazeiro do Norte, que, nos autos de ação de restabelecimento de pensão alimentícia proposta por Maria de Fátima Anunciado Medeiros e Elizabeth Matias Medeiros, determinou que as Agravadas voltassem a receber os alimentos que, em virtude de acordo homologado por sentença (f. 25-27), em processo que tramitou na

17ª Vara de Família e Sucessões de Fortaleza, existente à época, eram percebidos pela segunda Recorrida até o falecimento de G.M.O.

Aduz a Recorrente, em síntese, que:

a) a decisão impugnada não possui qualquer fundamentação e, por isso, deve ser anulada;

b) a filha de G.M.O. (E.M.M) era, enquanto universitária, beneficiária dos alimentos, todavia, por não mais estar na universidade e por ter mais de 25 (vinte e cinco) anos, deve deixar de receber a pensão alimentícia;

c) não havendo qualquer prova no sentido de que M.F.A.M era companheira de G.M.O, revela-se impossível, em relação a ela, a análise de pedido atinente a alimentos.

Requer, enfim, a Agravante que seja dado provimento ao recurso, cassando-se o *decisum* atacado.

Deferi o efeito suspensivo pleiteado, ao tempo em que determinei a intimação das Agravadas para, querendo, contraminutarem o recurso, a requisição de informações ao Juiz da causa e a remessa dos autos, ao depois, à Procuradoria Geral de Justiça (f. 44-46).

As Recorridas não apresentaram contrarrazões (f. 52).

O Juiz *a quo* não prestou as informações que foram requisitadas (f. 53).

Em parecer de f. 55-62, o Ministério Público opinou pelo provimento do recurso.

É o relatório, no essencial.

VOTO

Razão assiste à Agravante. A decisão merece ser anulada.

Analisando o *decisum* fustigado, por meio do qual o Magistrado singular determinou que as Agravadas fossem "reintegradas na folha de pagamento, a fim de receberem a pensão alimentícia homologada por sentença" (f. 16), verifico que foi ele prolatado sem qualquer fundamentação, em flagrante ofensa ao art. 93, IX, da CF.

O Juiz de 1º Grau limitou-se a conceder o que foi pleiteado na peça preambular, nos seguintes termos, *in verbis*:

> "Defiro o pedido constante no item "a" da petição inicial (fls. 03), para determinar que as requerentes sejam reintegradas na folha de pagamento, a fim de receberem a pensão alimentícia homologada por sentença, cuja cópia está inserta às fls. 09. Intime-se o Tribunal Regional Federal da 5ª Região para fins de cumprimento do despacho. Observando-se a conta bancária na qual deverá ser depositada a pensão alimentícia (fls. 04). Exp. Nec.". (f. 16)

É sabido que a fundamentação é requisito indispensável em todas as decisões judiciais, pois, somente assim, será possível saber que razões levaram o julgador, dentro

do seu livre convencimento motivado, a decidir dessa ou daquela forma, podendo a parte eventualmente prejudicada, utilizando-se do meio adequado, impugnar os motivos apontados pelo magistrado, exercendo, desse modo, a sua ampla defesa.

Assim sendo, a falta de fundamentação enseja a nulidade da decisão judicial.

Nesse diapasão, os seguintes julgados:

> Agravo de instrumento - ação de execução - devedor em "recuperação judicial" - deferimento do pedido de prosseguimento do feito - ausência de fundamentação - art. 93, IX da Constituição Federal - decisão anulada - recurso provido para esse fim. (TJSP, Agravo de Instrumento 0082807-97.2011.8.26.0000, 16ª Câmara de Direito Privado, Rel. Des. José Roberto Coutinho de Arruda, julgamento em 20.09.2011)
>
> AGRAVO DE INSTRUMENTO - DECISÃO QUE RECONHECEU FRAUDE À EXECUÇÃO - AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO - NULIDADE DECLARADA. Nos termos do Artigo 93, IX, da CR/88, os atos decisórios do Poder Judiciário devem ser fundamentos (sic), sob pena de nulidade. Constatado que a decisão é desprovida de fundamentação, impõe-se a declaração de sua nulidade. (TJMG, Agravo de Instrumento 0147880-76.2011.8.13.0000, 11ª Câmara Cível, Rel. Des. Marcos Lincoln, julgamento em 29.06.2011, publicação em 08.07.2011)
>
> PROCESSUAL CIVIL - AÇÃO DE DESPEJO - LOCAÇÃO NÃO RESIDENCIAL - LIMINAR REGULARMENTE DEFERIDA PARA DECRETAR A DESOCUPAÇÃO DO IMÓVEL LOCADO SOB PRESTAÇÃO DE CAUÇÃO - PEDIDO DE RECONSIDERAÇÃO ACOLHIDO - AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO - NULIDADE RECONHECIDA DE OFÍCIO - AGRAVO CONHECIDO E PROVIDO. Inserindo-se a fundamentação das decisões no plano constitucional, como conduta imprescindível às decisões jurisdicionais, reconhece-se, de ofício, a nulidade do *decisum* que violando essa regra, posteriormente suspende provimento de tutela antecipada em ação de despejo. (TJPR, Agravo de Instrumento 705263-1, 12ª Câmara Cível, Rel. Des. José Cichocki Neto, julgamento em 01.06.2011)
>
> AGRAVO DE INSTRUMENTO. EXECUÇÃO FISCAL. ICMS. SUBSTITUIÇÃO BEM PENHORADO. PRECATÓRIO REQUISITÓRIO. VIOLAÇÃO DO ART. 93, INC. IX, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. NULIDADE DA DECISÃO RECORRIDA. AUSÊNCIA DA DEVIDA FUNDAMENTAÇÃO. RECURSO PROVIDO. (TJPR, Agravo de Instrumento 686695-9, 1ª Câmara Cível, Rel. Des. Sérgio Roberto Nóbrega Rolanski, julgamento em 03.05.2011)
>
> TRIBUTÁRIO - EXECUÇÃO FISCAL - DECISÃO INTERLOCUTÓRIA - AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO - VIOLAÇÃO DO ART. 93, IX DA CF - NULIDADE DA DECIDÃO DECRETADA DE OFÍCIO - VOLTA DOS AUTOS PARA A COMARCA DE ORIGEM PARA NOVA

DECISÃO. (TJPR, Agravo de Instrumento 684748-7, 3ª Câmara Cível, Rel. Des. Dimas Ortêncio de Melo, julgamento em 30.11.2010)

Demais disso, consoante já decidiu o Superior Tribunal de Justiça, "não obstante o art. 165 do CPC admita a motivação sucinta, tal concisão não se confunde com a ausência de fundamentação, inviabilizadora do amplo exercício do direito de defesa". (STJ, RMS 25.462/RJ, Rel. Min. Nancy Andrighi, 3ª Turma, DJe 20.10.2008).

Diante do exposto, conheço deste Agravo de Instrumento, por preencher os requisitos intrínsecos e extrínsecos, e, no mérito, dou-lhe provimento, anulando a decisão combatida, haja vista a manifesta ausência de fundamentação, devendo outra, por via de consequência, ser proferida.

Fortaleza, 21 de novembro de 2011.

PROCESSO Nº 20451-92.2009.8.06.0000/0
AGRAVO DE INSTRUMENTO
COMARCA: FORTALEZA - 3ª VARA DA FAZENDA PÚBLICA
AGRAVANTE: ESTADO DO CEARÁ
AGRAVADO: ALBERTO NOGUEIRA
RELATORA: MARIA NAILDE PINHEIRO NOGUEIRA

EMENTA: PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO CAUTELAR. SUSPENSÃO DE DESCONTOS EM FOLHA. POSSIBILIDADE. SATISFATIVIDADE NÃO CARACTERIZADA. PROVIMENTO CAUTELAR. REQUISITOS. *FUMUS BONI IURIS* E *PERICULUM IN MORA*. EMPRÉSTIMO CONSIGNADO. LIMITAÇÃO DOS DESCONTOS EM FOLHA DE PAGAMENTO. PREVISÃO LEGAL. EQUILÍBRIO ENTRE OS OBJETIVOS DO CONTRATO E A NATUREZA ALIMENTAR DO SALÁRIO. DECISÃO AGRAVADA MANTIDA. AGRAVO DE INSTRUMENTO CONHECIDO, MAS DESPROVIDO.

1.A pretensão de sustar descontos efetuados em folha de servidor pela Administração Pública, para que, posteriormente, em ação principal, venha a ser discutida a legalidade ou ilegalidade desse desconto, não apresenta caráter satisfativo, podendo, pois, ser deduzida em ação cautelar inominada.

2.O provimento cautelar tem pressupostos específicos para sua concessão, quais sejam: *fumus boni iuris* e *periculum in mora.* A presença destes, enseja a necessidade da tutela cautelar.

3.As limitações nos descontos em folha de pagamento, nos empréstimos consignados, não apenas decorrem de leis em pleno vigor – que gozam, como se sabe, de presunção de constitucionalidade, veiculando proibições, a meu sentir, absolutamente legítimas –, mas também do próprio *núcleo essencial* do direito social ao salário, como expressão da dignidade da pessoa humana, devendo-se, por isso mesmo, possibilitar aos seus titulares o acesso ao *mínimo existencial*.

4.Decisão agravada que se mantém.

5.Agravo conhecido , mas desprovido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de Agravo de Instrumento nº **20451-92.2009.8.06.0000/0**, em que são partes as acima indicadas, acordam os integrantes da Segunda Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, à unanimidade de votos, em conhecer do recurso e negar-lhe provimento, nos termos do voto da Relatora.

RELATÓRIO

Cuidam os autos de Agravo de Instrumento interposto por ESTADO DO CEARÁ em face de ALBERTO NOGUEIRA, com pedido de liminar, visando suspender os efeitos de decisão interlocutória da lavra do Juízo da 3ª Vara da Fazenda Pública, que, nos autos da ação de origem, concedeu a antecipação de tutela requerida para determinar que sejam suspensos os descontos bancários que excedam 40% dos proventos percebidos pelo autor.

Do que se colhe da minuta do agravo (fls. 03/19), a irresignação recursal manejada pelo ente federativo se funda, basicamente, nos seguintes argumentos: **i)** ilegitimidade passiva *ad causam* do Estado do Ceará para figurar na demanda*;* **ii)** ausência dos requisitos necessários ao deferimento da liminar na origem **iii)** ausência de ato ilegal praticado pela Administração Pública, já que relação ocorre entre o particular e os bancos.

Com arrimo em tais argumentos, postula o recorrente a atribuição de efeito suspensivo ao agravo e, no mérito, a reforma definitiva da decisão agravada.

Acostou à inicial a documentação de fls. 20/125.

Pleito de suspensividade indeferido às fls. 130/132.

Embargos de Declaração às fls. 135/140, sendo rejeitados conforme decisão acostada às fls. 145/147.

É o relatório, no que há de essencial.

VOTO

Inicialmente, tenho por presentes os pressupostos recursais intrínsecos e extrínsecos no presente agravo de instrumento, pelos quais conheço da presente postulação.

A presente *quaestio* remonta aos autos de uma Ação Cautelar Inominada impetrada por Alberto Nogueira em face do Estado do Ceará, visando assegurar a suspensão dos descontos de empréstimos consignados, ante a escassez de margem consignável, até que se processe a ação principal pertinente.

Adentrando no mérito da presente investida recursal, empreendo uma análise sobre as teses ventiladas pelo recorrente.

Primeiramente, versando a lide sobre medida cautelar, as regras a serem observadas são as previstas no art. 796 e seguintes do CPC. E de acordo com o dispositivo 798 desse diploma legal, poderá o juiz determinar as medidas provisórias que julgar adequadas, quando houver fundado receio de que uma parte, antes do julgamento da lide, cause ao direito de outra lesão grave e de difícil reparação.

In casu, entendo que não se trata de cautelar satisfativa. O que se pretende, na verdade, é que se façam sustar os descontos ilegalmente, segundo sustenta o autor, em seu contracheque, para que, posteriormente, em ação principal, ele venha discutir da (i)legalidade desse desconto.

No âmbito de um exame informado por uma cognição não exauriente como a que ora ocorre em sede de agravo de instrumento, a decisão não parece contrariar os termos da legislação em vigor (Lei 9.826/74 – que, atualmente, estabelece limitação máxima no percentual de 40%, deduzidas as consignações obrigatórias).

No caso dos autos, a consignação atingiu o importe de **100% dos proventos mensais** percebidos pelo ora agravado (fls. 34), circunstância que traduzia, em meu sentir, inequívoca ofensa ao postulado da dignidade da pessoa humana.

Com efeito, as limitações estabelecidas na decisão ora agravada não apenas decorrem de lei em pleno vigor – que gozam, como se sabe, de presunção de constitucionalidade, veiculando proibições, a meu sentir, absolutamente legítimas –, mas também do próprio *núcleo essencial* do direito social ao salário, como expressão da dignidade da pessoa humana, devendo-se, por isso mesmo, possibilitar aos seus titulares o acesso ao *mínimo existencial*.

Neste prisma, o salário (e os benefícios previdenciários, para tal finalidade, se inserem neste conceito) se revela como um direito de disponibilidade limitada, não se podendo permitir, ao livre alvedrio das instituições financeiras, a firmação de empréstimos consignados sem a existência de determinados limites, sob pena de superlativa ofensa ao postulado da dignidade da pessoa humana, especialmente porque o salário não se qualifica, na ambiência de tais negociações, como direito disponível, dada a sua natureza alimentar.

Deste entendimento não destoa o Superior Tribunal de Justiça, consoante arestos que ora colaciono:

> AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO ESPECIAL. CONTRATO BANCÁRIO. EMPRÉSTIMO CONSIGNADO. LEGALIDADE DA AVENÇA. MENORES TAXAS DE JUROS. LIMITAÇÃO DO DESCONTO EM FOLHA DE PAGAMENTO DO TRABALHADOR. PERCENTUAL DE 30%. PREVISÃO LEGAL. EQUILÍBRIO ENTRE OS OBJETIVOS DO CONTRATO E A NATUREZA ALIMENTAR DO SALÁRIO. 1. Não incidem as Súmulas 05 e 07 do STJ quando os fatos delineados pelas instâncias ordinárias se revelarem incontroversos, de modo a permitir, na via especial, uma nova valoração jurídica, com a correta aplicação do Direito ao caso concreto. 2. Este Tribunal Superior assentou ser possível o empréstimo consignado, não configurando tal

> prática penhora de salário, mas, ao revés, o desconto em folha de pagamento proporciona menores taxas de juros incidentes sobre o mútuo, dada a diminuição do risco de inadimplência do consumidor, por isso a cláusula contratual que a prevê não é reputada abusiva, não podendo, outrossim, ser modificada unilateralmente. 3. Entretanto, conforme prevêem os arts. 2º, § 2º, I, da Lei 10.820/2003, 45 da Lei 8.112/90 e 8º do Decreto 6.386/2008, a soma dos descontos em folha referentes ao pagamento de empréstimos, financiamentos e operações de arrendamento mercantil não poderá exceder a 30% (trinta por cento) da remuneração disponível do trabalhador. É que deve-se atingir um equilíbrio (razoabilidade) entre os objetivos do contrato e a natureza alimentar do salário (dignidade da pessoa humana). Precedentes do STJ. 4. Agravo regimental a que se nega provimento. (AgRg nos EDcl no REsp 1223838/RS, Rel. Ministro VASCO DELLA GIUSTINA (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/RS), TERCEIRA TURMA, julgado em 03/05/2011, DJe 11/05/2011)
>
> RECURSO ESPECIAL - NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDICIONAL - ALEGAÇÃO GENÉRICA - APLICAÇÃO, POR ANALOGIA, DA SÚMULA N. 284/STF - EMPRÉSTIMO - DESCONTO EM FOLHA DE PAGAMENTO/CONSIGNADO - LIMITAÇÃO EM 30% DA REMUNERAÇÃO RECEBIDA - RECURSO PROVIDO. [...] 2. Ante a natureza alimentar do salário e do princípio da razoabilidade, os empréstimos com desconto em folha de pagamento (consignação facultativa/voluntária) devem limitar-se a 30% (trinta por cento) dos vencimentos do trabalhador. 3. Recurso provido. (REsp 1.186.965/RS, Rel. Min. MASSAMI UYEDA, DJe 03.02.2011)

Os destinatários de tal proibição – no âmbito da teoria da norma – parecem ser, de fato, o Estado, que *autoriza* a consignação, se houver margem consignável, através de sua Secretaria de Planejamento – SEPLAG (conforme Decreto 29.760/09), e os bancos, que de fato a *realizam,* ambos experimentando as sanções diretas e imediatas advindas do conteúdo normativo em tablado. O ora agravado simplesmente experimenta os *efeitos fáticos* de tal consignação.

O *periculum in mora*, por sua vez, entremostra-se presente no fato de que o autor pode correr risco real e imediato de ficar sem verbas essenciais à sua manutenção, haja vista o caráter alimentar do salário. Não se pode ignorar, por outro lado, o quadro clínico experimentado pelo ora agravado, que se submete a tratamento regular em face de Acidente Vascular Cerebral – AVC, conforme documentação arregimentada ao fascículo instrumental.

Outrossim, há que se ressaltar a grande quantidade de beneficiários endividados que buscam essa modalidade de empréstimo, recorrendo diuturnamente ao Judiciário, tendo em vista a violação dos limites legais nas retenções e descontos.

Ademais, cumpre esclarecer, que os descontos devem ser reduzidos seguindo-se a ordem de contratação, não havendo falar em *perdão* de dívidas, mas apenas em limitação das consignações no âmbito dos benefícios titularizados pelo respectivo

particular, o que não impossibilita que, futuramente, estes mesmos empréstimos retornem ao ambiente de consignação em folha à medida em que os empréstimos anteriormente contratados forem sendo adimplidos.

Da mesma forma, ainda que se tivesse como satisfativa a medida cautelar, a peculiaridade do caso bem como a própria natureza do bem jurídico que ora se pretende tutelar (de natureza alimentar), recomendaria acolher a exceção construída jurisprudencialmente, no sentido do cabimento de cautelares dotadas de natureza satisfativa, tendo em vista a especialidade do caso e a presença dos requisitos do *fumus boni iuris* e do *periculum in mora*, conforme julgados que colacionados do Superior Tribunal de Justiça, *verbis*:

> PROCESSUAL CIVIL E PREVIDENCIÁRIO. BENEFÍCIO PREVIDENCIÁRIO SUSPENSO SUMARIAMENTE. MEDIDA CAUTELAR DE CUNHO SATISFATIVO. POSSIBILIDADE. I - Conquanto as medidas cautelares de regra não devam apresentar caráter satisfativo, à luz do parágrafo 3º do artigo 1º da Lei n.º 8.437/92, excepcionalmente admite-se que produzam tal efeito, diante das nuances do caso concreto e desde que presentes o fumus boni iuris e o periculum in mora. II - O benefício previdenciário suspenso sem observância do devido processo legal deve ser prontamente restabelecido, dada sua natureza alimentar. III - Recurso conhecido, mas desprovido. (REsp 348168/CE, *in* DJU de 03/06/2002, p. 244, Relator Min. GILSON DIPP)
>
> A moderna jurisprudência, com os olhos na efetividade e na instrumentalidade do processo, tem admitido, em caráter excepcional, medidas liminares de caráter satisfativo desde que coexistam os pressupostos do fumus boni iuris e do periculum in mora e sempre que a provisão requerida seja indispensável à preservação de uma situação de fato que se revele incompatível com a demora na prestação jurisdicional, como a de suspensão do pagamento dos vencimentos de ex-servidor público demitido. - Recurso especial não conhecido." (REsp 180948/PR, *in* DJU de 19/02/2001, p. 256, Relator Min. VICENTE LEAL)

Desse modo, conheço e nego provimento ao presente agravo de instrumento, para manter a decisão agravada que limitou os descontos em 40% dos proventos do autor, respeitadas as ordens de contratação bancária.

É como voto.

Fortaleza, 08 de fevereiro de 2012.

AGRAVO DE INSTRUMENTO n° 2147.11.2010.8.06.0000/0
AGRAVANTE: FRANCISCO NILTON COSTA CARVALHO
AGRAVADO: GUILHERME ALVES BATISTA e MARIA NUBIA SARAIVA BATISTA
RELATOR: DESEMBARGADOR ADEMAR MENDES BEZERRA

EMENTA: PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO DE INSTRUMENTO EM EXCEÇÃO DE INCOMPETÊNCIA. TEMPESTIVIDADE. O AGRAVANTE SÓ TEVE A CIÊNCIA INEQUÍVOCA DO PROCESSO QUANDO SE DEU POR CITADO, POR OCASIÃO DA OFERTA DE SUA CONTESTAÇÃO EM AÇÃO DE MANUTENÇÃO DE POSSE. DISTRIBUIÇÃO POR PREVENÇÃO PARA A 5ª VARA CÍVEL DE FORTALEZA. NULIDADE DO ATO. AÇÃO REIVINDICATÓRIA, QUE TERIA OCASIONADO A PREVENÇÃO, JÁ HAVIA TRANSITADO EM JULGADO. INTELIGÊNCIA DA SÚMULA 235 DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. EXISTÊNCIA DE AÇÃO DE USUCAPIÃO TENDENTE A PREVENIR O JUÍZO PARA A 6ª VARA CÍVEL DE FORTALEZA. REDISTRIBUIÇÃO E NULIDADE DOS ATOS DECISÓRIOS. AGRAVO DE INTRUMENTO A QUE SE DÁ PROVIMENTO.

- A nosso ver, deflui de forma clara que até que fosse ofertada a peça contestatória, não havia ciência inequívoca da existência da ação possessória por parte do agravante. Este sequer havia retirado os autos de cartório, de modo que o prazo para quaisquer modalidades de defesa se iniciou, precisamente, quando este se deu por citado, ao dar entrada em sua contestação na data supracitada. Deste modo, a interposição da Exceção de Incompetência, em 16 de julho de 2008, se deu no tempo processual adequado, uma vez que decorridos apenas sete dos quinze dias estipulado no art. 305, do Código de Processo Civil.

- A lide Reivindicatória à época da propositura da Ação de Manutenção de Posse, já havia transitado em julgado, sendo que a simples execução do *decisum* não é capaz de gerar a prevenção do juízo para futuras ações. Tendo a possessória sido ajuizada em 13 de abril de 2005, data posterior ao trânsito em julgado daquela ação, não há qualquer fundamento jurídico que possa embasar a distribuição por dependência. Aplicação da súmula nº 235, do STJ.

- Em sendo incompetente a 5ª Vara Cível de Fortaleza, todos os atos decisórios produzidos ao longo do processo estão eivados de nulidade, conforme dispõe o art. 113, § 2º, do Código de Processo Civil, haja vista tratar-se de regra de competência absoluta.
- A existência de Ação de Usucapião, proposta pelo agravante, e referente ao mesmo imóvel objeto da Manutenção de Posse, tem o condão de gerar a prevenção, agora do juízo da 6ª Vara Cível de Fortaleza. Em ofício, à fl. 845, datado de 21 de outubro de 2005, vê-se que à época do ajuizamento da presente possessória, a aludida *actio* estava em pleno andamento naquela seção judiciária. Tendo Ação de Usucapião sido despachada em primeiro lugar pelo juízo da 6ª Vara Cível de Fortaleza, este passou a ser o juízo prevento para lides conexas, conforme dispõe o art. 106, da Lei Adjetiva.
- Agravo de instrumento provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos do Agravo de Instrumento nº 2147.11.2010.8.06.0000/0, em que figuram as partes acima indicadas.

Acordam os Desembargadores integrantes da 2ª Câmara Cível do Egrégio Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, à unanimidade, em dar provimento ao agravo, nos termos do voto do Relator.

Fortaleza, 19 de janeiro de 2011.

RELATÓRIO

Trata-se de agravo de instrumento com pedido de efeito suspensivo, voltado contra decisão do MM. Juiz de Direito da 5ª Vara Cível da Comarca de Fortaleza, que, em exceção de incompetência, nos autos da Ação de Manutenção de Posse, movida pelos agravados, contra o agravante, se declarou competente para o julgamento da causa.

O agravante, em suas razões (fls. 02/17), alega que a presente ação foi distribuída por dependência, de forma ilegal, para a 5ª Vara Cível em razão da existência de ação reivindicatória. Afirma que tal ação já havia transitado em julgado, de modo que, em conformidade com a súmula 235 do STJ, não poderia a presente manutenção de posse ter sido distribuída para aquele juízo sob este fundamento. Aponta como competente a 6ª Vara Cível, por lá tramitar ação possessória, conexa ao presente processo, que foi despachada em primeiro lugar.

Sobre a intempestividade da exceção, suscitada pelo MM. juiz *a quo*, aduz

que sequer havia sido citado para integrar a lide possessória. Assim, o prazo para contestar ainda não havia se iniciado, de modo que não se pode decretar a intempestividade da exceção sob o argumento de que esta foi interposta cerca de três anos após o ajuizamento da ação. Isto porque a citação somente veio a ocorrer em 17 de julho de 2008, de modo que a exceção teria sido aforada dentro do prazo legal.

Outro argumento da interlocutória, combatido pelo agravante, trata da obrigatoriedade da discussão da matéria em sede de preliminar de contestação e não pela via da exceção, por se tratar de questão relacionada à conexão. Afirma que é caso, sim, de exceção de incompetência por se tratar de prevenção, uma vez que o juízo da 6ª Vara Cível despachou em primeiro lugar a supracitada ação possessória.

Por fim, argumenta que, ainda que esta egrégia Corte entenda não ser o caso de conexão entre as duas ações, seria a hipótese de redistribuição, haja vista o manifesto direcionamento na distribuição desta ação. Requer, ao final, a concessão de efeito suspensivo para que não surta efeitos a decisão agravada, seja reconhecida a incompetência do juízo de primeiro grau e, com isso, anulados todos os seus atos decisórios.

Acostou documentos às fls. 18/876.

À fl. 883, a Exma. Desa. Maria Nailde Pinheiro Nogueira, relatora do feito, se reservou no direito de apreciar a liminar após o recebimento das contrarrazões ao agravo. Informações do magistrado, à fl. 888. Determinada a intimação dos recorridos, estes quedaram silentes, conforme Certidão de Decorrência de Prazo, à fl. 889.

Após sucessivas redistribuições, os autos me vieram conclusos, à fl.

Primeiramente, cabe analisar a questão da tempestividade do manejo da Exceção de Incompetência.

Compulsando os fólios, vejo que foi determinada a citação do agravante (fl. 46). Esta, entretanto, não se materializou. É o que se conclui a partir da leitura da certidão, de fl. 20, onde se afere que o recorrente se deu por citado quando do oferecimento da contestação. Verifico, ainda, que no Mandado de Reintegração de Posse, bem como no Auto de Reintegração de Posse, às fls. 47/48, não há menção de que a citação teria sido realizada. Posteriormente, vê-se, às fls. 49/60, os pedidos de substabelecimento e de vistas dos autos, sendo que estes não foram retirados de cartório. Por fim, tem-se a contestação interposta em 09 de julho de 2008.

A nosso ver, deflui de forma clara que até que fosse ofertada a peça contestatória, não havia ciência inequívoca da existência da ação possessória por parte do agravante. Este sequer havia retirado os autos de cartório, de modo que o prazo para quaisquer modalidades de defesa se iniciou, precisamente, quando este se deu por citado, ao dar entrada em sua contestação na data supracitada. Deste modo, a interposição da Exceção de Incompetência, em 16 de julho de 2008, se deu no tempo processual adequado, uma vez que decorridos apenas sete dos quinze dias estipulado no art. 305, do Código de Processo Civil.

Acerca da ciência inequívoca como fato deflagrador do início da contagem

de prazo para a prática de ato processual, o STJ vem decidindo que aquela se presume com a carga dos autos pelo advogado:

> "RECURSO ESPECIAL. AGRAVO DE INSTRUMENTO INTERPOSTO POR MUNICÍPIO . PRAZO DE INTERPOSIÇÃO. 535, I E II, 538, PARÁGRAFO ÚNICO, 188, 236, 242 E 506, I E II, TODOS DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. RECURSO PROVIDO.
> (...)
> 3. Não se pode deduzir do simples protocolo de petição da parte, que esta teve ciência inequívoca, concluindo-se, daí, pela intempestividade de agravo de instrumento interposto. Como salientado no parecer ministerial: "Sequer houve vista dos autos, para então poder-se iniciar daí a contagem do prazo.
> (...)
> (REsp 968.819/SP, Rel. Ministro JOSÉ DELGADO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 22/04/2008, DJe 21/05/2008)"

Trata-se de uma questão que deve ser analisada caso a caso para que se possa afirmar se houve ou não o conhecimento da parte a quem cabia praticar determinado ato processual. No caso em tela, sequer houve a retirada dos autos, de modo que não se pode presumir a ciência da parte

Tempestiva, portanto, a Exceção.

Passo a verificar a distribuição por dependência em função de anterior Ação Reivindicatória.

À fl. 407, em despacho do MM. juiz *a quo*, nos autos da aludida Reivindicatória, datado de 12 de março de 2004, lê-se:

> "Ao exame do pleito formulado por GUILHERME ALVES BATISTA, no petitório de fl. 509/510, e considerando o fato de que o *decisum* já transitou em julgado, em face do não conhecimento do Agravo de Instrumento manejado pelo réu contra a decisão do Exmo. Sr. Presidente do TJCE que inadmitiu o Recurso Especial..."

Percebe-se, então, que a lide Reivindicatória àquela época já havia transitado em julgado, sendo que a simples execução do *decisum* não é capaz de gerar a prevenção do juízo para futuras ações. Tendo a presente Ação de Manutenção de Posse sido ajuizada em 13 de abril de 2005, data posterior ao trânsito em julgado daquela ação, não há qualquer fundamento jurídico que possa embasar a distribuição por dependência.

O Superior Tribunal de Justiça, neste sentido, editou a súmula nº 235, a qual transcrevo:

> "A conexão não determina a reunião de processos, se um deles já foi julgado."

Em sendo incompetente a 5ª Vara Cível de Fortaleza, todos os atos decisórios

produzidos ao longo do processo estão eivados de nulidade, em conformidade com o art. 113, § 2º, do Código de Processo Civil, haja vista estarmos lidando com regra de competência absoluta, conforme preleciona Fredie Didier (Curso de Direito Processual Civil, Vol. I, JusPodivm, Salvador, 2007, p. 97):

> "Um dos requisitos para que se tenha um juiz legal é a prévia fixação de regras para a divisão interna de funções e atribuições nos locais onde houver mais de um juízo abstratamente previsto como competente. Concretiza-se, assim, a competência, de forma equânime sem que se defira às partes a possibilidade de optar pelo órgão julgador de sua preferência, afinal, o direito ao juiz natural não foi regra fixada no interesse das partes, mas, sim, no interesse público. Tanto que foi alçada à condição de princípio constitucional (art. 5º, LIII e LIV da CF). Trata-se de regras cogentes, indisponíveis, que surgiram no intuito de atender ao interesse público. São, portanto, regras de competência absoluta."

Por outro lado, argumenta o recorrente que outra ação teria o condão de gerar a prevenção, agora do juízo da 6ª Vara Cível de Fortaleza. Trata-se de Ação de Usucapião, cuja cópia repousa às fls. 785/845, proposta pelo agravante e referente ao mesmo imóvel objeto da Manutenção de Posse. Em ofício, à fl. 845, datado de 21 de outubro de 2005, vê-se que à época do ajuizamento da presente possessória, a aludida *actio* estava em pleno andamento naquela seção judiciária.

Tendo Ação de Usucapião sido despachada em primeiro lugar pelo juízo da 6ª Vara Cível de Fortaleza, este passou a ser o juízo prevento para lides conexas, conforme dispõe o art. 106, da Lei Adjetiva.

Do exposto, dou provimento ao presente recurso para declarar a incompetência do Juízo da 5ª Vara Cível de Fortaleza, entendendo como competente o juízo da 6ª Vara Cível de Fortaleza, para o qual devem ser remetidos os autos desta ação. Torno nulos, por fim, todos os atos decisórios produzidos pelo juízo incompetente.

Fortaleza, 19 de janeiro de 2011.

AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 22783-37.2006.8.06.0000/0
COMARCA: FORTALEZA
AGRAVANTE: TÉCNICA BRASILEIRA DE ALIMENTOS LTDA
AGRAVADO: H&G FOMENTO COMERCIAL LTDA.
RELATOR: DES. INACIO DE ALENCAR CORTEZ NETO

EMENTA: PROCESSO CIVIL. AGRAVO DE INSTRUMENTO EM EXECUÇÃO EXTRAJUDICIAL. EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE. NECESSIDADE DE PROVA PRÉ-CONSTITUÍDA. IMPOSSIBILIDADE DE DILAÇÃO PROBATÓRIA.
I - A exceção de pré-executividade é um meio de defesa incidental onde o executado, acautelado de prova documental irrefragável, através de simples petição nos próprios autos e a qualquer tempo, independente da interposição de embargos e da segurança prévia do juízo, provoca o julgador para que cumpra seu ofício de reconhecer as nulidades que eivam o processo, regularizando-o ou extinguindo-o, assegurando, assim, ao executado de boa-fé, o direito de não ter seu patrimônio afetado por um processo eminentemente nulo.
II - O único empecilho capaz de prejudicar as alegações destas matérias é a possibilidade de demonstrar o alegado sem qualquer dilação probatória, ou seja, ao ser ajuizada, a exceção de pré-executividade já deve vir com toda a sua prova pré-constituída.
III - Percebe-se, claramente, a complexidade da matéria a ser utilizada como defesa do agravante, bem como a necessidade de uma ampla instrução probatória, sendo, por conseguinte, indevido o uso da pré-executividade no presente caso.
IV - Agravo de Instrumento conhecido e improvido.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento, nº 22783-37.2006.8.06.0000/0, de Fortaleza, em que é agravante TÉCNICA BRASILEIRA DE ALIMENTOS LTDA e agravado H&G FOMENTO COMERCIAL LTDA.

Acorda a Quarta Câmara Cível da Corte de Justiça do Estado do Ceará, unanimemente, em conhecer do presente Agravo de Instrumento, mas para lhe negar provimento.

Trata-se de Agravo de Instrumento interposto pela sociedade empresária Técnica Brasileira de Alimentos LTDA, em face da respeitável decisão interlocutória do Juízo da 12ª Vara Cível da Comarca de Fortaleza, às fls. 30/32, que rejeitou a Exceção de Pré-Executividade ante o entendimento de que as matérias ali arguidas não poderiam ser apreciadas por aquela via, mas sim por meio de Embargos à Execução.

Alega a agravante a presença de nulidade da execução, em razão da sua ilegitimidade passiva para responder pelo inadimplemento dos títulos cambiários, cedidos com preço de factor e endossados à empresa de factoring, ora agravada.

O agravado apresentou contraminuta ao aludido recurso, às fls. 68/81, alegando a omissão da agravante em juntar no recurso o título de crédito executado, qual seja, o instrumento de confissão de dívida, informando, além disso, que os mencionados títulos de crédito eram fabricados pela agravante e, por isso, sob livre e espontânea vontade, as partes assinaram a mencionada confissão de dívida para regularizar a situação. Finalmente, explana que as matérias alegadas na exceção de pré-executividade, então repisadas no Agravo, envolvem, no seu discernimento, matéria de prova, cujo conhecimento exige veículo processual de cognição ampla.

Em decisão monocrática da lavra do então Desembargador Relator Ademar Mendes Bezerra, foi concedido efeito suspensivo ao presente Agravo de Instrumento, em 16 de janeiro de 2007, face o reconhecimento de que a empresa de fomento mercantil não possui direito de regresso contra a cedente dos títulos, cabendo a responsabilidade por seu inadimplemento aos seus emitentes.

É o relatório.

A exceção de pré-executividade é um meio de defesa incidental, onde o executado, acautelado de prova documental irrefragável, através de simples petição nos próprios autos e a qualquer tempo, independente da interposição de embargos e da segurança prévia do juízo, provoca o julgador para que cumpra seu ofício de reconhecer as nulidades que eivam o processo, regularizando-o ou extinguindo-o, assegurando, assim, ao executado de boa-fé, o direito de não ter seu patrimônio afetado por um processo eminentemente nulo.

Apesar da exceção de pré-executividade não estar consagrada normativamente em nosso corpo legal, podemos, substancialmente, extrair seu sustentáculo jurídico dos principais vetores específicos do processo de execução e dos constitucionalmente amparados.

Dos princípios constitucionais – devido processo legal, contraditório e ampla defesa – deflui o impulso inicial necessário do executado de buscar ser ouvido pelo Judiciário, de apresentar a sua defesa, de exigir um processo esculpido sob a égide da legalidade.

Quando o executado demonstra, de plano, por meio do acervo probatório, a ilegalidade do processo de execução, este não pode ter continuidade. Na realidade, o escopo supremo da exceção de pré-executividade é frear a execução, atacando a própria executividade do título, arrazoando-se na ausência das condições da ação ou na inexistência de pressupostos de constituição e desenvolvimento válido do processo executivo.

No entanto, arguir causas modificativas, extintivas ou impeditivas de direito como, por exemplo, pagamento, prescrição, decadência etc., como pretende a agravante, suscita muitas controvérsias, devendo ser objeto de uma instrução processual mais complexa.

Portanto, o único empecilho capaz de prejudicar as alegações destas matérias é a possibilidade de demonstrar o alegado sem qualquer dilação probatória, ou seja, ao ser ajuizada a exceção de pré-executividade, esta já deve vir com toda a sua

prova pré-constituída.

No presente caso, a agravante, para se contrapor ao processo executivo no qual é executada, utiliza a mencionada exceção para discutir a origem do contrato de confissão de dívida, sob o argumento de que fora forçada a assinar tal instrumento, camuflando a origem da dívida, levando ao juízo título executivo diverso dos vários cheques emitidos por terceiro, os quais nenhuma relação tinham com a recorrente. Informa também que o objetivo da empresa agravada seria disfarçar a prática de querer responsabilizar a cedente pelos inadimplementos dos títulos vendidos à faturizadora.

Percebe-se, claramente, a complexidade da matéria a ser utilizada como defesa pela agravante e a necessidade de uma ampla instrução probatória, sendo, por conseguinte, indevido o uso da pré-executividade no presente caso.

Predomina na jurisprudência o entendimento no sentido da possibilidade de serem arguidas, na ação em comento, causas modificativas, extintivas ou impeditivas do direito do exequente (v.g. pagamento, decadência, prescrição, remissão, anistia, novação etc.), desde que desnecessária qualquer dilação probatória, ou seja, desde que levantadas de plano, por prova documental inequívoca, comprovada a inviabilidade da execução, o que não foi realizado pela agravante.

Fredie Didier Jr. (*in* Curso de Direito Processual Civil, vol. 5, Ed. Juspodivm, pág. 390), assim aduziu:

> "A doutrina e a jurisprudência passaram, com o tempo, a aceitá-la, quando, mesmo a matéria não sendo de ordem pública nem o juiz dela conhecer de ofício, **houvesse prova pré-constituida da alegação feita pelo executado.** Na verdade, **o que passou a servir de critério para a admissibilidade da exceção de pré-executividade foi a verificação da necessidade ou não de prova pré- constituída.** Prevaleceu, assim, a concepção de Alberto Camiña Moreira, que, em monografia importantíssima para a compreensão do instituto, já antecipava essa solução: "qualquer alegação de defesa pode ser veiculada por "exceção de pré-executividade", desde que possa ser comprovada por prova pré-constituida."

A jurisprudência do STJ é absolutamente mansa e pacífica sobre a matéria, vejamos (grifei):

> PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. IPTU. IMUNIDADE TRIBUTÁRIA. EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE. POSSIBILIDADE. PARTICULARIDADES DO CASO QUE APONTAM NO SENTIDO DA NECESSIDADE DE DILAÇÃO PROBATÓRIA. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. REVOLVIMENTO DO CONTEXTO FÁTICO-PROBATÓRIO DOS AUTOS. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA N. 7/STJ.
>
> 1.Quanto à aplicação da Lei nº 8742/93 e do Decreto nº 2536/98, vê-se que tal questão não foi levantada no recurso especial, tratando-se, portanto, de inovação recursal.
>
> 2.A jurisprudência desta Corte Superior é no sentido de ser cabível a exceção de pré-executividade para discutir matérias de ordem pública na

execução fiscal, tais como as condições da ação, verificáveis, de plano, pelo juiz.
3.O rol das matérias suscitáveis por meio da exceção de pré-executividade tem sido ampliado por força da jurisprudência mais recente, admitindo-se a argüição de imunidade desde que não demande dilação probatória.
4.No presente caso, à vista das declarações constantes do voto colhido no acórdão do Tribunal de origem, verifica-se que a conclusão adotada foi no sentido de que a análise da imunidade alegada demandaria dilação probatória. Assim, não é possível a esta Corte revolver o contexto fático-probatório dos autos para infirmar o acórdão proferido na origem, o qual reputou por descabida a exceção de pré-executividade na hipótese em razão da necessidade de análise mais profunda das alegações apresentadas, visto que tal procedimento encontra óbice na orientação consagrada na Súmula n. 7/STJ.
5.Agravo regimental não provido. (AgRg no AREsp 18.579/SP, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 18/10/2011, DJe 24/10/2011).

PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO RECEBIDOS COMO AGRAVO REGIMENTAL. EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE. DILAÇÃO PROBATÓRIA.NECESSIDADE. REJEIÇÃO. RECURSO NÃO PROVIDO.
1. "A exceção de pré-executividade pressupõe os seguintes requisitos: (a) a matéria invocada deve ser suscetível de conhecimento de ofício pelo juiz; e (b) é necessário que a decisão possa ser tomada sem necessidade de dilação probatória.
2. Verificando-se que as questões postas pela parte são controvertidas e necessitam de prova para perfeita elucidação, deve ser suscitada em sede de embargos de devedor." (AgRg no Ag 1176665/RS, Rel. Min. João Otávio de Noronha, Quarta Turma, unânime, DJe 19/05/2011) 2. Embargos de declaração recebidos como agravo regimental não provido. (EDcl no Ag 1067944/RS, Rel. Ministra MARIA ISABEL GALLOTTI, QUARTA TURMA, julgado em 02/08/2011, DJe 12/08/2011).

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. EXECUÇÃO FISCAL. REDIRECIONAMENTO. OPOSIÇÃO DE EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE. DISCUSSÃO ACERCA DA LEGITIMIDADE PASSIVA. ART. 135 DO CTN. NÃO CABIMENTO DA VIA ELEITA. RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA (RESP 1.104.900/ES). REVISÃO DO ENTENDIMENTO DO ACÓRDÃO RECORRIDO ACERCA DA NECESSIDADE DE DILAÇÃO PROBATÓRIA. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 7/STJ.
1. Recurso especial no qual se pugna pela reforma de acórdão estadual que não admitiu exceção de pré-executividade tendente a afastar a legitimidade passiva de sócio ao fundamento de que as questões nela suscitadas, concernente à não configuração dos atos previstos no art. 135 do CTN, exigiriam dilação probatória.
2. A Primeira Seção, em sede de recurso especial representativo de controvérsia, decidiu "no sentido de admitir a exceção de pré-executividade nas situações 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, os pressupostos processuais, a decadência, a prescrição, entre outras"** (REsp 1.104.900/ES, Primeira Seção, Rel. Min. Denise Arruda, DJe de 1.4.2009).
> 3. Revisar o entendimento da Corte local acerca da necessidade de dilação probatória exige análise nos elementos de prova (documentos) juntados pelo excipiente, o que é inviável em sede de recurso especial, ante o óbice da Súmula 7/STJ.
> 4. Agravo regimental não provido. (AgRg no REsp 1202046/SP, Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, PRIMEIRA TURMA, julgado em 26/04/2011, DJe 02/05/2011).
>
> PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. OFENSA AO ART. 535 DO CPC NÃO CONFIGURADA. EXECUÇÃO FISCAL. EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE. NECESSIDADE DE DILAÇÃO PROBATÓRIA. NÃO-CABIMENTO. REEXAME DO CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 7/STJ.
> 1. A solução integral da controvérsia, com fundamento suficiente, não caracteriza ofensa ao art. 535 do CPC.
> **2. É cabível Exceção de Pré-Executividade para discutir matéria de ordem pública e vícios de título executivo referentes à certeza, liquidez e exigibilidade do título, desde que verificáveis de plano pelo juiz e não haja necessidade de dilação probatória. Precedentes do STJ.**
> 3. Rever o entendimento do Tribunal de origem - de que as alegações da devedora dependeriam de provas que somente poderiam ser produzidas em Embargos - demanda reexame do conjunto fático-probatório dos autos, obstado nos termos da Súmula 7/STJ. Precedentes do STJ.
> 4. Recurso Especial parcialmente conhecido e não provido. (REsp 1221826/MG, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 15/02/2011, DJe 16/03/2011).

A matéria posta em apreciação pela agravante, inarredavelmente, deveria ter ser sido comprovada de plano, ou seja, nenhuma questão probatória ou maior reflexão sobre o questionamento jurídico sobre a mesma poderia ter emergido naquele momento processual. A prova documental é o único meio de prova admitido, não permitindo dilação probatória de outra natureza, tais como provas testemunhais, periciais, dentre outras.

À vista do exposto, conheço do recurso, mas **para lhe negar provimento**, revogando a decisão que concedeu o efeito suspensivo, mantendo, destarte, inalterada a r. decisão interlocutória recorrida.

É como voto.

Fortaleza, 11 de janeiro de 2012.

AGRAVO DE INSTRUMENTO N. 28373-24.2008.8.06.0000/0 DE FORTALEZA
AGRAVANTE: N.C.B
AGRAVADO: C.P. DE O
RELATOR: DES. RÔMULO MOREIRA DE DEUS

EMENTA: AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO DE GUARDA. DECLARAÇÕES DA MENOR FAVORÁVEIS À CONVIVÊNCIA COM A MÃE. CRIANÇA QUE SEMPRE MOROU NA CASA MATERNA. RESTABELECIMENTO DA GUARDA DA GENITORA SOBRE A FILHA. RECURSO PROVIDO.

1. Tendo a criança sempre morado com a sua genitora, eventual mudança brusca nessa situação traria à menor, muito provavelmente, transtornos e inquietações, máxime sendo esta última plenamente favorável à permanência na casa materna.

2. Para que sejam evitados maiores problemas à criança, deve a guarda, até que se tenha decisão definitiva sobre a matéria, ser deixada com a mãe, haja vista a proximidade que há entre elas, o longo período de convivência e as declarações da garota.

3. Agravo de Instrumento conhecido e provido.

ACÓRDÃO

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

RELATÓRIO

Cogita-se de Agravo de Instrumento, com pedido de efeito suspensivo, manejado por N.C.B, adversando decisão do Juízo da 16ª Vara de Família de Fortaleza, que, nos autos de ação de guarda c/c pedido de busca e apreensão proposta por C.P. de O, a ele concedeu a guarda provisória da menor V.C.B.P. de O.

Aduz a Recorrente, em síntese, que a criança Victória nunca recebeu afeto do Recorrido, que mora em outro Estado, revelando-se desastrosa a sua retirada da casa materna e, ademais, o Agravado nunca demonstrou ser um pai preocupado e zeloso, diferentemente do que afirma na petição inicial da ação que deu origem a este Agravo de Instrumento.

Pugna a Agravante, enfim, pelo provimento do recurso, com o consequente restabelecimento da sua guarda sobre a menor.

O Des. José Arísio Lopes da Costa, então Relator, deferiu o efeito suspensivo

pleiteado, ao tempo em que requisitou informações à Juíza da causa e mandou intimar o Agravado para, querendo, contraminutar o recurso (f. 152-158).

O Recorrido não apresentou contrarrazões (f. 167).

A Magistrada *a quo* não prestou as informações que foram requisitadas.

Em parecer de f. 202-209, a Procuradoria Geral de Justiça opinou pelo provimento do recurso.

Inicialmente distribuídos ao Des. Celso Albuquerque Macêdo em 19.11.2008 (f. 106), os autos passaram pela Relatoria do Des. José Arísio Lopes da Costa e foram a mim redistribuídos em 09.02.2009 (f. 169).

É o relatório, no essencial.

VOTO

O recurso merece provimento.

Entendo como importante elemento para o deslinde da controvérsia o relatório social elaborado pela assistente social da 16ª Vara de Família de Fortaleza (f. 113-136). As seguintes frases, ditas pela menor à assistente social, devem aqui ser reproduzidas, *in verbis*:

> "Tudo é bem controlado, na medida certa. Minha mãe se preocupa com tudo em relação a minha vida" (f. 123).
>
> "Não sei o que vai ser de mim nesta próxima semana em que não vou estar com ela [a mãe], pois as minhas provas vão começar no próximo dia 17 e eu vou ter que estudar sozinha" (f. 124).
>
> "Coisa de adulto é coisa de adulto porque minha mãe diz que criança tem que ser criança, às vezes é muito complexo para uma criança entender. Tem que ser criança, pois o adulto tem muitas responsabilidades, mas neste caso tia, eu tenho que me meter, pois diz respeito a minha pessoa, a minha vida e eu não posso deixar que aconteça algo que eu não vou suportar. Eu quero a minha mãe. Eu quero ficar com ela. É só isso que eu peço. Eu amo a minha mãe e não quero jamais sair de perto dela. Ela cuida de mim. Ela me ama. Ela me dá carinho. Ela dorme comigo. Ela me beija. Ela me abraça. Tudo tia, tudo sabe, você me entende? Se você quer o meu bem, o meu bem é ficar com a minha mãe. Por favor, tia, você, me entende!" (f. 125).
>
> "Estou determinada em continuar com a minha mãe, a minha avó e o meu tio, como sempre estive, e é assim que sou feliz. Sou uma criança feliz ao lado deles. Eu amo todos eles. Se a gente pudesse ter a vida como a gente quer, eu queria que a minha vida fosse como antes. Como sempre ela foi". (f. 125).
> "Meu pai nunca me procurou, só me viu quando eu era pequena e outra vez quando tinha mais ou menos 05 anos de idade, e por telefone algumas vezes" (f. 125).

> "Meu pai brigou comigo uma vez porque eu não liguei pra ele no dia dos pais, mas no meu aniversário, ele também nunca ligou, como pode ele cobrar isso de mim, se ele também não faz" (f. 125).

A assistente social sustenta, à guisa de conclusão, no tópico Parecer Técnico, do citado relatório social, que "se tudo dependesse dela [da menor], as coisas voltariam a ser como antes e o antes como foi constatado é o melhor para ela. A mãe, a avó e o tio fazem o alicerce emocional da criança, todos a amam intensamente e sem ela seria impossível se levar uma vida de paz, já que esta menina faz parte de um contexto familiar de amor, carinho, respeito e acima de tudo a sua valorização como ser humano" (f. 135).

Numa primeira análise, levando-se em consideração o teor das palavras proferidas pela criança, que hoje conta com 13 (treze) anos de idade, bem como o que foi afirmado pela assistente social, percebe-se que ela está habituada à convivência com a sua mãe, sendo forte a ligação com a sua genitora, ao passo que a relação com o pai, que inclusive mora em outro Estado da Federação, mostra-se frágil e superficial.

O médico que acompanha a garota desde o seu nascimento declarou nunca ter constatado "sinais de maus tratos físicos e emocionais com a referida criança" e que "a mãe sempre manteve contato no consultório e por telefone" sobre os cuidados com a menor, concluindo que a genitora "sempre vem demonstrando muito zelo e cuidado" com a sua filha (f. 62).

Além disso, analisando os autos, verifico que a criança sempre morou com o mãe, de tal forma que eventual mudança brusca nessa situação traria à menor, muito provavelmente, transtornos e inquietações, máxime sendo esta última plenamente favorável à permanência na casa materna.

A propósito do assunto, já decidiu o Superior Tribunal de Justiça que "ao exercício da guarda sobrepõe-se o princípio do melhor interesse da criança e do adolescente, que não se pode delir, em momento algum, porquanto o instituto da guarda foi concebido, de rigor, para proteger o menor, para colocá-lo a salvo de situação de perigo, tornando perene sua ascensão à vida adulta. Não há, portanto, tutela de interesses de uma ou de outra parte em processos deste jaez; há, tão-somente, a salvaguarda do direito da criança e do adolescente, de ter, para si prestada, assistência material, moral e educacional, nos termos do art. 33 do ECA". (STJ, REsp 964.836/BA, Rel. Min. Nancy Andrighi, 3ª Turma, DJe 04.08.2009).

Ainda com base no referido julgado do STJ, "a guarda deverá ser atribuída ao genitor que revele melhores condições para exercê-la e, objetivamente, maior aptidão para propiciar ao filho afeto – não só no universo genitor-filho como também no do grupo familiar e social em que está a criança ou o adolescente inserido –, saúde, segurança e educação". (STJ, REsp 964.836/BA, Rel. Min. Nancy Andrighi, 3ª Turma, DJe 04.08.2009).

Por outro lado, existe nos autos parecer psicológico (f. 178-186) no qual

se defende que a menor é vítima da Síndrome de Alienação Parental (SAP), razão pela qual estaria defendendo a mãe e querendo ficar distante do pai.

Não obstante, esse laudo representa elemento de prova que não pode ser analisado isoladamente, motivo pelo qual, num primeiro momento, não se pode afirmar peremptoriamente que está a ocorrer a alienação parental.

Ressalto que, após a instrução processual, quando muitas questões forem esclarecidas, a Magistrada singular terá subsídios para decidir acerca da guarda definitiva.

Dessa forma, para que sejam evitados maiores problemas à criança, entendo prudente, até que se tenha decisão final sobre a matéria, deixar a guarda com a sua genitora, haja vista a proximidade que há entre elas, o longo período de convivência e as declarações da garota.

Diante do exposto, conheço deste Agravo de Instrumento, por preencher os requisitos intrínsecos e extrínsecos, e, no mérito, confirmando a liminar anteriormente concedida, dou-lhe provimento, restabelecendo a guarda da Agravante sobre a menor V.C.B.P. de O.

Fortaleza, 21 de novembro de 2011.

Agravo de Instrumento nº 30822-18.2009.8.06.0000/0
Agravante: ESTADO DO CEARÁ
Agravado: ZILDA ROCHA DE ARAGÃO
Origem: 3ª VARA DA FAZENDA PÚBLICA DA COMARCA FORTALEZA
Relator: DES. ADEMAR MENDES BEZERRA

EMENTA. AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO ORDINÁRIA COM PEDIDO DE ANTECIPAÇÃO DE TUTELA. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS. MOLÉSTIA GRAVE. CÂNCER. RISCO DE MORTE. DEVER DE ORDEM CONSTITUCIONAL. DIREITOS INDISPONÍVEIS QUE DEVEM SER RESGUARDADOS.
1. 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.
2. Inteligência dos artigos 5º, *caput*, 6º, *caput,* e 196 da Carta Republicana.
3. AGRAVO CONHECIDO E DESPROVIDO

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de Agravo de Instrumento nº 30822-18.2009.8.06.0000/0**,** em que figuram as partes acima referidas, acordam os Senhores Desembargadores integrantes da Segunda Câmara Cível do Egrégio Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, por unanimidade, negar provimento ao recurso nos termos do voto do Relator.

Fortaleza-CE, 26 de janeiro de 2011.

RELATÓRIO

Trata-se de recurso de agravo de instrumento com pedido de efeito suspensivo, interposto pelo ESTADO DO CEARÁ em face de decisão proferida pelo MM Juiz da 3ª Vara da Fazenda Pública da Comarca de Fortaleza que, na Ação Ordinária nº 112356-78.2009.8.06.0001/0, concedeu a antecipação de tutela ordenando o fornecimento, pelo Estado do Ceará, dos medicamentos SEROQUEL 25mg, Ebix x 10mg e NEOZIME gotas, no prazo de 15(quinze) dias.

O agravante pretende ver modificado o *decisum,* alegando, em síntese, que a responsabilidade do fornecimento do medicamento acima citado não é do Estado, tendo a União responsabilidade exclusiva para tal ato, precipuamente por ser um

medicamento não previsto na lista no Sistema Único de Saúde-SUS.

Requer, ao final, o deferimento do pedido de efeito suspensivo, e, no mérito, o provimento do presente recurso para reformar a decisão impugnada.

Não foram oferecidas contrarrazões conforme certidão fls.(56 e 67)

Informações às fls.57/58.

Às fls. 64/65 indeferi a suspensividade requestada.

No parecer de fls. 71/83 a representante da Douta Procuradoria Geral de Justiça opinou pelo parcial provimento do recurso.

É o breve relatório.

VOTO

Conforme relatado, a insurgência volta-se à decisão que concedeu tutela antecipada para determinar ao ESTADO DO CEARÁ o fornecimento dos medicamentos SEROQUEL 25mg, Ebix x 10mg e NEOZIME gotas, necessários ao tratamento de saúde da agravada, acometida de doença de Alzheimer e câncer de reto.

A decisão monocrática bem aplicou o direito à espécie porquanto o bem da vida que se entremostra em jogo é a própria manutenção da existência da recorrida.

Em sucessivos julgamentos, esta Colenda Corte de Justiça firmou consenso acerca da fundamentalidade do direito à saúde uma vez que a própria Constituição Federal proclama, aliás, como todos os ordenamentos jurídicos contemporâneos assentados em um estado democrático de direito, o direito à vida, cabendo ao Estado, no mínimo, assegurá-lo, tanto no sentido estrito de dar continuidade à vida, como no sentido de prover condições de vida digna e sociável, impondo ao Estado, o dever constitucional de garantir, por meio de políticas sociais e econômicas, ações que possam permitir a todos o acesso à assistência médica e farmacológica.

Não merece prosperar a tese de ilegitimidade passiva sustentada pelo agravante. Este Tribunal, inclusive, possui uma vasta jurisprudência sobre a responsabilidade solidária de todos os entes políticos que compõem a federação brasileira em implementar as ações e prover os serviços de saúde, de sorte que qualquer deles pode figurar, isolada ou conjuntamente, no pólo passivo das ações correlatas, pois o caso é de litisconsórcio facultativo.

Sobre o assunto, em recente pronunciamento, o eminente Ministro Gilmar Mendes assim se manifestou:

> "[...] O dispositivo constitucional [art. 196] deixa claro que, para além do direito fundamental à saúde, há o dever fundamental de prestação de saúde por parte do Estado (União, Estados, Distrito Federal e Municípios). O dever de desenvolver políticas públicas que visem à redução de doenças, à promoção, à proteção e à recuperação da saúde está expresso no artigo 196. A competência comum dos entes da federação para cuidar da saúde consta do art. 23, II, da Constituição. União, Estados, Distrito Federal e

> Municípios são responsáveis solidários pela saúde junto ao indivíduo e à coletividade e, dessa forma, são legitimados passivos nas demandas cuja causa de pedir é a negativa, pelo SUS (seja pelo gestor municipal, estadual ou federal), de prestações na área de saúde. O fato do Sistema Único de Saúde ter descentralizado os serviços e conjugado os recursos financeiros dos entes da federação [art. 198, § 1º, CF/88], com o objetivo de aumentar a qualidade e o acesso aos serviços de saúde, apenas reforça a obrigação solidária e subsidiária entre eles. [...]" (STF, SS 3741, DJ 03.06.2009).

Também não pode ser admitida a tese da reserva do possível, uma vez que tanto a doutrina como o Supremo Tribunal Federal entendem que estando em questão a própria existência do Direito Fundamental, não é possível ao Estado invocar o argumento da limitação financeira para deixar de prestar a assistência necessária. Veja-se a orientação do STJ:

> "(...)Embora venha o STF adotando a "Teoria da Reserva do Possível" em algumas hipóteses, em matéria de preservação dos direitos à vida e à saúde, aquela Corte não aplica tal entendimento, por considerar que ambos são bens máximos e impossíveis de ter sua proteção postergada".
> (RESP 784241/RS, STJ, T2, Rel. Min. Eliana Calmon, DJ de 23/04/2008).

Diante de todo o exposto tenho que a decisão impugnada, além do elevado sentido social, não viola qualquer preceito legal, estando, ao contrário, em harmonia com Constituição Federal e com a jurisprudência sobre o tema, razão pela qual voto pelo desprovimento do recurso.

É como voto.

Fortaleza, 26 de janeiro de 2011.

Agravo de Instrumento nº 31634-26.2010.8.06.0000/0
Agravante: ESTADO DO CEARÁ
Agravado: ANA KARINA MOREIRA PEREIRA
Origem: 2ª VARA DA FAZENDA PÚBLICA DA COMARCA DE FORTALEZA
Relator: DES. ADEMAR MENDES BEZERRA

EMENTA: ADMINISTRATIVO. PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. CONCURSO PÚBLICO. LIMITE DE IDADE UTILIZADO PARA INDEFERIR INSCRIÇÃO EM CURSO DE FORMAÇÃO. ILEGALIDADE. IMPOSSIBILIDADE DE PREJUDICAR A AGRAVADA PELA DEMORA INJUSTIFICADA DA ADMINISTRAÇÃO. PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE. REQUISITO DA VEROSSIMILHANÇA DO DIREITO ATENDIDO. AGRAVO DE INSTRUMENTO CONHECIDO E DESPROVIDO.

- A Constituição Federal, em seu art. 142, § 3º, X, estabeleceu a possibilidade de imposição, por lei, de limite de idade para o ingresso em carreiras militares. A Lei Estadual nº 13.729/06, em seu art. 10, II, regulamentou a norma constitucional. Assim, não há maiores discussões acerca da constitucionalidade e da legalidade da restrição etária como requisito para a inscrição no Curso de Formação. Súmula nº 683, do Supremo Tribunal Federal.
- O marco temporal é o da inscrição no Curso de Formação. O edital, entretanto, não previu data para a aludida inscrição, o que acaba por colocar os candidatos numa zona de insegurança jurídica inadmissível, ainda que se trate da esfera da discricionariedade do administrador.
- Presentes, portanto, a prova inequívoca e a verossimilhança da alegação, de modo a tornar hígida a antecipação da tutela concedida pela decisão interlocutória *a quo*.
- Agravo de Instrumento conhecido e desprovido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de Agravo de Instrumento nº. 31634-26.2010.8.06.0000/0, em que figuram as partes acima referidas, acordam os Srs. Desembargadores integrantes da 2ª Câmara Cível do Egrégio Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, por unanimidade, conhecer do recurso em referência, para lhe negar provimento nos termos do voto do Relator.

Fortaleza-CE, 16 de março de 2011.

RELATÓRIO

Trata-se de recurso de Agravo de Instrumento com pedido de efeito suspensivo, ajuizado em face de decisão da lavra do MM Juiz da 2ª Vara da Fazenda Publica desta comarca que, nos autos da Ação Ordinária nº 14641-02.2010.8.06.0001, deferiu pleito de tutela antecipada no sentido de determinar ao ente público a inscrição da aqui agravada no Curso de Formação Profissional.

Informa o agravante que interpôs o presente recurso pretendendo ver reformada a determinação judicial por entender que a mesma invadiu sua esfera privativa de administração das normas reitoras do concurso público, além de flexibilizar regras em detrimento de outros candidatos. Argumenta que a obrigação de inscrever a recorrida, que não atende às normas legais e editalícias, onera indevidamente os cofres públicos e sem a garantia de retorno dos valores despendidos em caso de improvimento da ação originária. Aduz que o direito de questionar as normas editalícias precluiu no preciso momento em que a parte realizou sua inscrição, já que é necessária a sua declaração expressa de que aceita todas as regras estabelecidas.

Alega, por fim, serem constitucionais os itens 3.2 e 11.1.2 referentes ao limite de idade para o ingresso no Curso de Formação, posto tanto na Carta Magna, quanto nas leis inferiores, existe a possibilidade de impor restrições de idade para os cargos relativos ao ingresso na Polícia Militar. Requer o deferimento do pleito de suspensividade e o provimento do presente agravo para reformar em definitivo o *decisum* combatido.

Às fls. 98/99 esta relatoria indeferiu o pedido de efeito ativo.

Contrarrazões às fls. 104/109. As informações não foram apresentadas.

Parecer da Douta PGJ às fls. 114/121.

É o breve relatório.

VOTO

De início registro que não há maiores discussões acerca da constitucionalidade e da legalidade da restrição etária quando da inscrição no Curso de Formação. O Supremo Tribunal Federal, sobre o tema, já editou a súmula nº 683, cujo conteúdo transcrevo a seguir:

> "O limite de idade para a inscrição em concurso público só se legitima em face do art. 7º, XXX, da Constituição, quando possa ser justificado pela natureza das atribuições do cargo a ser preenchido"

O Texto Constitucional é expresso sobre a possibilidade de limitação etária, conforme o art. 142, § 3º, X:

> "Art. 142. As Forças Armadas, constituídas pela Marinha, pelo Exército e pela Aeronáutica, são instituições nacionais permanentes e regulares, organizadas com base na hierarquia e na disciplina, sob a autoridade suprema do Presidente da República, e destinam-se à defesa da Pátria, à garantia dos poderes constitucionais e, por iniciativa de qualquer destes, da lei e da ordem.
> (...)
> § 3º Os membros das Forças Armadas são denominados militares, aplicando-se-lhes, além das que vierem a ser fixadas em lei, as seguintes disposições:
> (...)
> X - a lei disporá sobre o ingresso nas Forças Armadas, os limites de idade, a estabilidade e outras condições de transferência do militar para a inatividade, os direitos, os deveres, a remuneração, as prerrogativas e outras situações especiais dos militares, consideradas as peculiaridades de suas atividades, inclusive aquelas cumpridas por força de compromissos internacionais e de guerra."

A Lei Estadual nº 13.729/06, em seu art. 10, assim dispôs:

> "Art. 10. O ingresso na Polícia Militar e no Corpo de Bombeiros Militar do Ceará dar-se-á para o preenchimento de cargos vagos, mediante prévia aprovação em concurso público de provas ou de provas e títulos, promovido pela Secretaria da Segurança Pública e Defesa Social em conjunto com a Secretaria do Planejamento e Gestão, na forma que dispuser o Edital do concurso, atendidos os seguintes requisitos cumulativos, além dos previstos no Edital: (Redação dada pela Lei n° 14.113, de 12.05.08)
> I - ser brasileiro;
> II - ter, na data da matrícula no Curso de Formação Profissional: (Redação dada pela Lei n° 14.113, de 12.05.08)
> a) idade igual ou superior a 18 (dezoito) anos e inferior a trinta (trinta) anos, para as carreiras de praça e oficial do Quadro de Oficiais Policiais Militares - QOPM, ou Quadro de Oficiais Bombeiros Militares - QOBM; (Redação dada pela Lei n° 14.113, de 12.05.08)
> b) idade igual ou superior a 18 (dezoito) anos e inferior a 35 (trinta e cinco) anos, para a carreira de oficial do Quadro de Oficiais de Saúde da Polícia Militar - QOSPM, Quadro de Oficiais Complementar Policial Militar e Bombeiro Militar - QOCPM/BM, Quadro de Oficiais Capelães - QOCplPM/BM; (Redação dada pela Lei n° 14.113, de 12.05.08)
> c) trinta (trinta) anos, quando militar, para as carreiras de Praça e Oficial.

Indiscutível, portanto, o momento de aferição do limite de idade. O marco temporal, assim, é o da inscrição no Curso de Formação.

Necessário, portanto, estabelecer se a mora estatal é fundamento suficiente a possibilitar, em juízo de verossimilhança, a continuidade da agravada no certame.

Aqui, deve-se fazer um juízo de proporcionalidade envolvendo a exigência

etária no ato de inscrição no Curso de Formação e a duração do concurso em si.

Veja-se que o edital não previu data para a aludida inscrição, o que acaba por colocar os candidatos numa zona de insegurança jurídica inadmissível, ainda que se trate da esfera da discricionariedade do administrador. É certo que muitas vezes pode não ser possível estabelecer a duração exata do concurso, mas, ainda assim, se mostra imprescindível a divulgação de um cronograma confiável, pois, de outro modo se aceitariam inscrições onerosas de candidatos que, mesmo aprovados, jamais poderiam se valer do direito, pois o requisito inicialmente preenchido haveria se diluído com o passar do tempo.

Sobre a irregularidade desta espécie de conduta estatal, o STJ já se manifestou:

> "ADMINISTRATIVO E CONSTITUCIONAL. RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. CONCURSO PÚBLICO. POLÍCIA MILITAR DO ESTADO DO ACRE. LIMITAÇÃO ETÁRIA PARA A INSCRIÇÃO NO CURSO DE FORMAÇÃO DE SOLDADO. CANDIDATO QUE, DURANTE O PROCEDIMENTO DO CERTAME, ULTRAPASSA A IDADE LIMITE. NÃO HOMOLOGAÇÃO DE SUA INSCRIÇÃO. AUSÊNCIA DE PREVISÃO EDITALÍCIA. VIOLAÇÃO DOS PRINCÍPIOS DA MORALIDADE E DA PROPORCIONALIDADE. VIOLAÇÃO DO ARTIGO 7º, INCISO XXX, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL.
>
> 1. Recurso ordinário em mandado de segurança em que se discute se o impetrante, inscrito no concurso público de admissão ao Curso de Formação de Soldado da Polícia Militar do Estado do Acre, quando possuía 30 anos de idade, tem direito líquido e certo de, aprovado, participar do curso de formação, mesmo tendo alcançado a idade de 31 anos durante o certame e antes da matrícula no referido curso, uma vez que a legislação estadual (LC n. 164/2006) e o edital do concurso dispõem que a matrícula no curso só é possível aqueles que tem, no máximo, 30 anos de idade.
>
> 2. Conquanto o Superior Tribunal de Justiça tenha jurisprudência firmada no sentido da possibilidade de estabelecerem-se limites mínimo e máximo de idade para o ingresso nas carreiras militares, esse entendimento não é aplicável ao caso dos autos, uma vez que não se está a discutir o limite etário para a participação em concurso, mas, sim, a razoabilidade de indeferir-se a inscrição de candidato que, embora à época da inscrição preenchesse os requisitos do edital, veio, durante o certame, a ultrapassar a idade exigida para a inscrição no curso de formação.
>
> 3. Se o Edital n. 056/2008 - SGA/PMAC não estabeleceu regras específicas para aqueles candidatos que, no momento da inscrição no concurso, possuíam 30 anos, deve-se admitir, porque razoável, que os candidatos inscritos nessa condição prossigam até a conclusão do curso de formação.
>
> 4. Se não há norma legal que proíba a participação do candidato de 30 anos no certame, a administração responsável pelo concurso não pode-se beneficiar dessa omissão e atribuir seus efeitos ao candidato, ainda mais se considerado o fato de que não há previsão temporal para as etapas do certame. Foge da razoabilidade entender que a habilitação do candidato

> estava condicionada à não realização de aniversário de nascimento antes do início do curso de formação.
> 5. A não homologação da inscrição do impetrante no curso de formação, portanto, está a ofender, além dos princípios da proporcionalidade e da moralidade, o art. 7º, inciso XXX, da Constituição Federal, uma vez que, de forma desarrazoada, utilizou-se a superveniente idade do impetrante como critério para excluí-lo de um certame que, conforme suas regras, o admitia, regularmente, como candidato apto à realização do curso de formação.
> 6. Recurso ordinário provido para determinar que a inscrição do impetrante no curso de formação para soldado da PM do Estado do Acre seja homologada.
> (RMS 31.932/AC, Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, PRIMEIRA TURMA, julgado em 16/09/2010, DJe 24/09/2010)"

No caso em apreço, a agravada, quando realizou a inscrição para o concurso público para Soldado da Polícia Militar, tinha 28(vinte e oito anos) de idade, entretanto, na data da inscrição para o Curso de Formação Profissional, alcançou a idade limite de 30(trinta) anos. Com efeito, a demora injustificada da Administração Pública não pode ser obstáculo à permanência da candidata no certame para o qual logrou aprovação.

Presentes, portanto, a prova inequívoca e a verossimilhança da alegação, de modo a tornar hígida a antecipação da tutela concedida pela decisão interlocutória *a quo*.

À vista do exposto, conheço do recurso, conquanto preenchidos seus pressupostos de admissibilidade, mas lhe nego provimento.

É como voto.

Fortaleza, 16 de março de 2011.

Agravo de Instrumento nº 8684-28.2007.8.06.0000/0, oriundo da 2ª Vara de Sucessões da Comarca de Fortaleza.
Agravante: José Maria Moura.
Agravada: Maria José Moura dos Santos.
Relatora: Desa. Maria Iracema Martins do Vale.

EMENTA: AGRAVO DE INSTRUMENTO. NOMEAÇÃO DE INVENTARIANTE. OBEDIÊNCIA À ORDEM LEGAL. PREFERÊNCIA DO HERDEIRO QUE SE ACHA NA POSSE E ADMINISTRAÇÃO DO ESPÓLIO. APLICAÇÃO DO ART. 990, II DO CPC.
1. No presente agravo de instrumento, discute-se a regularidade da decisão que substituiu o agravante pela agravada na inventariança de espólio.
2. A ordem de nomeação de inventariante, insculpida no art. 990 do Código de Processo Civil, deve ser rigorosamente observada, somente podendo ser quebrada em situações excepcionais e por motivos relevantes.
3. No caso dos autos, inexistindo cônjuge supérstite, deve a atual inventariante ser mantida na inventariança, haja vista se achar na posse e administração dos bens do espólio, nos termos do art. 990, II do CPC.
- Agravo de Instrumento conhecido e desprovido.
- Decisão interlocutória mantida.
- Unânime.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de Agravo de Instrumento nº 8684-28.2007.8.06.0000/0, 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.

RELATÓRIO

Tratam os presentes autos de Agravo de Instrumento contra decisão interlocutória que removeu o agravante da inventariança.

O caso/a ação originária: tramita, na 2ª Vara de Sucessões da Comarca de Fortaleza, ação de inventário (Processo Originário nº 37903-83.2007.8.06.0001/0) que tem por objeto a apuração e a partilha dos bens de Cremilda Martins Moura.

A decisão agravada: o magistrado *a quo* proferiu decisão liminar (fl. 08) removendo José Maria Moura do cargo de inventariante e nomeando para substituí-lo

Maria José Moura dos Santos.

O agravo de instrumento: irresignado com a decisão, o agravante afirma que foi excluído do cargo de inventariante sem que lhe fosse dado direito ao devido processo legal e sem um motivo justificável, devendo, por esta razão, ser restabelecido na função.

Informações do Juízo de primeiro grau, às fls. 43/44, relatando o andamento do processo principal e reafirmando os fundamentos de sua decisão.

Não foi apresentada **contraminuta** ao agravo, conforme certidão de fl. 46.

Decisão interlocutória, proferida pelo então relator, Des. Francisco Lincoln Araújo e Silva, denegando o efeito suspensivo, por entender ausentes os requisitos legais (fls. 47/49).

Parecer da Procuradoria Geral de Justiça, da lavra do atual Des. Teodoro Silva Santos, opinando pelo não provimento do recurso e consequente manutenção da decisão agravada (fls. 54/58).

É o relatório.

Independente de revisão.

VOTO

No presente agravo de instrumento discute-se a regularidade da decisão que substituiu o agravante pela agravada na inventariança de espólio.

Inicialmente, há que se afastar qualquer alegação de desrespeito ao devido processo legal, pois na primeira instância foi assegurado o direito a ampla defesa exigido pelo art. 996 do CPC. O dispositivo legal supostamente violado dispõe que:

> "Art. 996 - Requerida a remoção com fundamento em qualquer dos números do artigo antecedente, será intimado o inventariante para, no prazo de 5 (cinco) dias, defender-se e produzir provas.
> Parágrafo único - O incidente da remoção correrá em apenso aos autos do inventário."

O agravante se manifestou nos autos sobre o pedido de sua remoção da inventariança, às fls. 27/30, sem, no entanto, apresentar argumentos ou provas que demonstrassem estar em melhores condições de administrar os bens do espólio.

Cremilda Martins Moura, falecida em 27 de novembro de 2006, era viúva e possuía cinco filhos: José Maria de Moura, Maria Dulcina de Moura Ernandes, Maria José de Moura dos Santos, João Maria de Moura e Francisco de Assis Moura, este último falecido e sucedido na herança por seus filhos José Martins de Moura Neto, Germano Moura e Poliana Sousa Moura.

Na hipótese dos autos, o herdeiro José Maria de Moura requereu a abertura do inventário (fls. 13/15), sendo ele próprio nomeado inventariante (fl. 17).

Ocorre que, posteriormente, os outros filhos da falecida peticionaram nos

autos requerendo a substituição da inventariança, para que fosse nomeada Maria José de Moura dos Santos, por ser ela a herdeira que se encontrava na posse e administração do espólio.

Para resolução da presente controvérsia, é indispensável considerar o disposto no art. 990 do Código de Processo Civil, que estabelece a ordem de preferência na nomeação do inventariante, nos seguintes termos:

> "Art. 990 - O juiz nomeará inventariante:
> I - o cônjuge sobrevivente casado sob o regime de comunhão, desde que estivesse convivendo com o outro ao tempo da morte deste;
> II - o herdeiro que se achar na posse e administração do espólio, se não houver cônjuge supérstite ou este não puder ser nomeado;
> III - qualquer herdeiro, nenhum estando na posse e administração do espólio;
> IV - o testamenteiro, se Ihe foi confiada a administração do espólio ou toda a herança estiver distribuída em legados;
> V - o inventariante judicial, se houver;
> Vl - pessoa estranha idônea, onde não houver inventariante judicial".

Esta ordem procura privilegiar a boa administração dos bens, mantendo-os preferencialmente sob a gerência dos herdeiros mais aptos, principais interessados na segurança do patrimônio. Tal ordem somente pode ser quebrada por demonstração de impossibilidade da administração dos bens pelos preferenciais.

Nesta linha de raciocínio, firmou-se a jurisprudência no sentido de que a ordem legal tem que ser observada, somente sendo quebrada em situações excepcionais e por motivos relevantes. É o que se extrai do seguinte excerto jurisprudencial:

> "PROCESSUAL CIVIL. NOMEAÇÃO DE INVENTARIANTE. ART. 990 DO CPC. ORDEM NÃO ABSOLUTA. OFENSA NÃO CONFIGURADA. DIVERGÊNCIA NÃO CONFIGURADA. - **A ordem de nomeação de inventariante insculpida no art. 990 do Código de Processo Civil deve ser rigorosamente observada**, excetuando-se as hipóteses em que o magistrado tenha fundadas razões para desconsiderá-la, com o fim de evitar tumultos processuais desnecessários ou mesmo a sonegação de bens, como no caso, em face da patente litigiosidade existente entre as partes. (...). - Recurso especial não conhecido". (STJ; REsp 283994/SP, Rel. Ministro CESAR ASFOR ROCHA, QUARTA TURMA, julgado em 06/03/2001, DJ 07/05/2001, p. 150)

Pela simples leitura do dispositivo legal supracitado, observa-se que, inexistindo cônjuge supérstite, deve ser nomeado como inventariante o herdeiro que se achar na posse e administração do espólio, somente passando para os demais no caso de nenhum deles se achar nesta condição.

Por consequência, o agravante não deveria ter sido nomeado inventariante, ante a existência de herdeiro em posição privilegiada para esta função. Em verdade,

somente o foi por omitir do magistrado *a quo*, tanto na inicial do pedido de abertura do inventário (fls. 13/15), como nas primeiras declarações (fls. 18/20), o fato de o espólio estar sendo administrado por outro herdeiro.

Nestes termos, não existem motivos para desconsideração da ordem prevista no art. 990 do CPC. Logo, em respeito aos valores albergados no texto legal, não é prudente manter o agravante na inventariança, uma vez que existe pessoa presumidamente mais apta ao exercício de tal múnus.

Importante ressaltar que a recorrida, atual inventariante, goza da confiança da maioria dos demais herdeiros e do magistrado *a quo*, realidade que viabiliza uma condução mais pacífica e regular do procedimento e administração do patrimônio do espólio.

Diante das peculiaridades do caso, não se faz necessária a demonstração de nenhuma irregularidade no exercício da inventariança pelo recorrente (art. 995 do CPC), pois este, em verdade, nunca deveria ter sido nomeado. Não se trata, portanto, de remoção de inventariante preferencial por outro de uma classe seguinte do art. 990 do CPC, mas de aplicação da ordem regular desta norma.

Nestes termos, a manutenção da decisão agravada é medida que se impõe.

DISPOSITIVO

Por tais razões, **c**onheço do agravo interposto, para negar-lhe provimento, confirmando a decisão interlocutória de primeira instância, para o fim específico de manter a recorrida na condição de inventariante do espólio.

É como voto.

Fortaleza, 31 de agosto de 2011.

Mandado de Segurança

PROCESSO N. 0041284-97.2010.8.06.0000
TIPO DE PROCESSO: Mandado de Segurança.
COMARCA: Fortaleza/CE.
PARTES:
Impetrante: Marcos Antônio da Silva Estevam
Impetrados: 1. Secretário de Segurança Pública e Defesa Social
2. Secretário de Planejamento e Gestão
Relator: Des. Francisco Suenon Bastos Mota
Órgão Julgador: Órgão Especial

Ementa: CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. CONCURSO PÚBLICO. SOLDADO DA PMCE. PROCEDIMENTO DE INVESTIGAÇÃO SOCIAL E FUNCIONAL. EXISTÊNCIA DE REGISTRO DE CRIME EM NOME DO IMPETRANTE. ELIMINAÇÃO DE CANDIDATO. PRELIMINAR DE FALTA DE INTERESSE SUPERVENIENTE. *MANDAMUS* IMPETRADO APÓS A REALIZAÇÃO DA PROVA OBJETIVA DO CURSO DE FORMAÇÃO. EXAURIMENTO E HOMOLOGAÇÃO DO CERTAME ANTES DA APRECIAÇÃO DO PEDIDO. PERDA DE OBJETO POR SUPERVENIÊNCIA.

1. A interposição da ação mandamental sob enfoque tinha por desiderato a desconsideração da eliminação do impetrante, bem como que lhe fosse aplicada a recuperação de qualquer fase que por ventura a que deixou de se submeter e dos consequentes atos que lhe sucederam, como reclassificação, nomeação e posse na qualidade de *sub judice*. Sucede que, ao prestar suas informações, a autoridade coatora noticiou o exaurimento do concurso, o que, de fato, impossibilitava o cumprimento de qualquer decisão judicial.

2. Tendo sido as provas do concurso público realizadas antes da apreciação do mandado de segurança, bem como do pedido de concessão de liminar, esvaziou-se o objeto da impetração, prejudicando o julgamento do mandado de segurança

3. Por conseguinte, não mais subsistindo razões para o julgamento do mérito deste *mandamus*, posto já levado a efeito o hostilizado processo seletivo, operou-se, *in casu*, a perda do julgamento do mérito, 'ex vi' do art. 267, IV e VI do CPC, pela superveniente falta de interesse processual.

4. *Mandamus* prejudicado.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Mandado de Segurança nº. **0041284-97.2010.8.06.0000**, em que são partes as acima indicadas.

ACORDA o Órgão Especial desta Corte de Justiça do Estado do Ceará, por unanimidade, em decretar a extinção do feito, sem apreciação de mérito, nos termos

do art. 267, VI do Código de Processo Civil, por estar evidenciada a perda do objeto desta ação.

RELATÓRIO

Trata-se de Mandado de Segurança impetrado por **MARCOS ANTÔNIO DA SILVA ESTEVAM**, candidato aprovado na primeira fase do concurso público para cargos de Soldado Policial Militar, assestando ato tido como ilegal e abusivo, malferidor de direito líquido e certo do impetrante, de responsabilidade das eminentes autoridades impetradas, o Exmos. Srs. **Secretários de Segurança Pública e Defesa Social e de Planejamento e Gestão do Estado do Ceará**, que, através do Edital n. 53/2010 PM/CE, publicado no D.O.E. de 24/06/2010, tornou pública a eliminação do impetrante do concurso público supracitado, após o procedimento de Investigação Social e Funcional especificado nos Editais nº 01/2008 e nº 79/2009 PM/CE, publicados no D.O.E. De 09/06/2008 e 18/06/2009, respectivamente.

Relata o impetrante que: a) fora aprovado em todas as etapas antecedentes do concurso, quais sejam, prova objetiva, exame de capacidade física e avaliação psicológica, tendo sido eliminado em face da avaliação de sua vida pregressa; c) fora surpreendido com tal decisão, que foi publicada no Edital 53/2010, 48 horas antes da realização da prova final da terceira etapa, sem a prévia oportunidade de exercer seus direitos constitucionalmente assegurados da ampla defesa e do contraditório, o que torna o ato nulo; c) não tomou conhecimento dos motivos de sua inaptidão, nem teve acesso aos documentos que originaram a exclusão do certame; d) formulou requerimentos a fim de alcançar esclarecimento, sem que obtivesse qualquer resposta.

Requereu a concessão de medida liminar para fins de mantê-lo no certame, pugnando, ao fim, pela desconsideração de sua não habilitação no concurso em tela, a fim de que fosse reconduzido ao certame na sua classificação e em igualdade de condições com os demais candidatos.

Pleito de provimento jurisdicional ficou para ser apreciado após a efetivação do contraditório (fls. 221).

Notificada, as autoridades coatoras prestaram as informações às fls. 229/243, arguindo, preliminarmente, o seguinte: a) perda do objeto, ante a falta de interesse processual superveniente, uma vez que o concurso já fora concluído e homologado; b) conhecimento do impetrante acerca dos motivos que o consideram inapto, uma vez que interpôs recurso administrativo. Quanto ao mérito, arguiu: a) a legalidade da investigação social e funcional dos candidatos, devido às peculiaridades da natureza do cargo a ser ocupado, em respeito ao princípio da moralidade administrativa; b) o enquadramento do impetrante na hipótese prevista no edital; c) a inaplicabilidade da presunção de inocência, ante a condenação definitiva do impetrante à pena mínima de 02 (dois) anos de reclusão em regime aberto; d) a impossibilidade de revisão do mérito administrativo pelo Poder Judiciário; e) a ofensa ao princípio da isonomia; e f) a

impossibilidade de nomeação antes do trânsito em julgado da decisão.

Decisão interlocutória pelo indeferimento do pedido liminar postulado (fls. 252/258).

Remetidos os autos para a d. Procuradoria-Geral de Justiça, foi exarado parecer pela denegação da segurança requestada (fls. 262/266).

É o relatório.

VOTO

Aduz o impetrante que: a) fora aprovado em todas as etapas antecedentes do concurso, quais sejam, prova objetiva, exame de capacidade física e avaliação psicológica, tendo sido eliminado em face da avaliação de sua vida pregressa; c) fora surpreendido com tal decisão, que foi publicada no Edital 53/2010, 48 horas antes da realização da prova final da terceira etapa, sem a prévia oportunidade de exercer seus direitos constitucionalmente assegurados da ampla defesa e do contraditório, o que torna o ato nulo; c) não tomou conhecimento dos motivos de sua inaptidão, nem teve acesso aos documentos que originaram a exclusão do certame; d) formulou requerimentos a fim de alcançar esclarecimento, sem que obtivesse qualquer resposta.

Em sua defesa, o Estado do Ceará argui, preliminarmente, o seguinte: a) perda do objeto, ante a falta de interesse processual superveniente, uma vez que o concurso já fora concluído e homologado; b) conhecimento do impetrante acerca dos motivos que o consideram inapto, uma vez que interpôs recurso administrativo. Quanto ao mérito, arguiu: a) a legalidade da investigação social e funcional dos candidatos, devido às peculiaridades da natureza do cargo a ser ocupado, em respeito ao princípio da moralidade administrativa; b) o enquadramento do impetrante na hipótese prevista no edital; c) a inaplicabilidade da presunção de inocência, ante a condenação definitiva do impetrante à pena mínima de 02 (dois) anos de reclusão em regime aberto; d) a impossibilidade de revisão do mérito administrativo pelo Poder Judiciário; e) a ofensa ao princípio da isonomia; e f) a impossibilidade de nomeação antes do trânsito em julgado da decisão.

Antes de adentrar no exame do mérito, mostra-se imperiosa a análise das preliminares suscitadas pela autoridade impetrada.

Primeiramente, apreciar-se-á o ponto pertinente à perda do objeto de impetração do *mandamus,* ante a falta de interesse processual superveniente, uma vez que o concurso já fora **concluído e homologado.**

A interposição da ação mandamental sob enfoque, conforme salientado no relatório, tinha por desiderato a desconsideração da eliminação do impetrante, bem como que lhe fosse aplicada a recuperação de qualquer fase que por ventura a que deixou de se submeter e dos consequentes atos que lhe sucederam, como reclassificação, nomeação e posse na qualidade de *sub judice*.

Sucede que, ao prestar suas informações, a autoridade coatora noticiou o

exaurimento do concurso, o que, de fato, impossibilitava o cumprimento de qualquer decisão judicial.

Em suas próprias palavras:

> "Ora, conforme se atesta pelo edital nº 58, de 02/07/2010 (documento anexo), o concurso em discussão já foi concluído e homologado, constando a classificação final no Edital nº 57/2010.
> Ademais, a prova objetiva – último ato da etapa do curso de formação profissional de caráter classificatório, conforme previsão editalícia – foi aplicada no dia 26/06/2010, sem a participação do impetrante, conforme se infere das informação da FUNECE." (fls. 82)

Observando a data da impetração do presente *mandamus*, verifica-se que esta ocorreu em **07 de julho de 2010**, quando, de fato, já havia sido realizada a prova objetiva do curso de formação que ocorrida em **26 de junho de 2010.**

Portanto, ante as informações acima reproduzidas, bem como da analise da data do presente mandado de segurança, deflui que falece ao impetrante interesse em prosseguir com o processamento do presente feito, eis que há muito fora realizado a prova objetiva do curso de formação.

Ademais, observa-se, ainda, que o referido certame já fora homologado, o que resulta na prejudicialidade do pedido inaugural, bem como ausência de interesse de agir, pela perda superveniente do objeto da presente lide. É que desapareceu a necessidade ou a utilidade do provimento jurisdicional.

A argumentação ora suscitada pelo Estado do Ceará encontra amparo na jurisprudência da Corte Superior de Justiça:

> "PROCESSUAL CIVIL - PERDA DE OBJETO DE MANDADO DE SEGURANÇA - CAUSA SUPERVENIENTE DE PERDA DE INTERESSE PROCESSUAL - INEXISTÊNCIA DE POTENCIAL UTILIDADE DO RECURSO ORDINÁRIO - IMPOSSIBILIDADE DE RESOLUÇÃO DE MÉRITO. 1. A perda da objeto do mandado de segurança é causa superveniente de falta de interesse processual, impedindo a resolução do mérito do recurso ordinário. 2. Recurso ordinário não provido." (RMS 24.305/SP, Rel. Ministra ELIANA CALMON, SEGUNDA TURMA, julgado em 17/02/2009, DJe 24/03/2009)
>
> * * *
>
> "EMENTA: MANDADO DE SEGURANÇA. INSCRIÇÃO EM CONCURSO PÚBLICO. REALIZAÇÃO DAS PROVAS ANTES DA APRECIAÇÃO DO PEDIDO. PERDA DE OBJETO. Tendo sido as provas do concurso público realizadas antes da apreciação do mandado de segurança, bem como do pedido de concessão de liminar, esvaziou-se o objeto da impetração, prejudicando o julgamento do mandamus. Mandado de segurança prejudicado." (MS 23456, Relator(a): Min. ILMAR GALVÃO, Tribunal Pleno, julgado em 24/02/2000, DJ 14-04-2000).

No mesmo sentido é a jurisprudência dominante no Supremo Tribunal Federal, conforme se denota dos arestos a seguir transcritos:

> "MANDADO DE SEGURANÇA. CONCURSO PÚBLICO. EXIGÊNCIA DE TRÊS ANOS DE CARTEIRA NACIONAL DE HABILITAÇÃO PARA **PROVA PRÁTICA DE DIREÇÃO VEICULAR. IMPETRAÇÃO POSTERIOR À REALIZAÇÃO DAS PROVAS. VALIDADE DE CERTAME EXPIRADO. MANDADO DE SEGURANÇA PREJUDICADO POR PERDA SUPERVENIENTE DE OBJETO**." (STF - MS 26855, Relator(a): Min. CÁRMEN LÚCIA, julgado em 20/05/2010, publicado no DJ 28/05/2010). (destacado)

E nos Tribunais Pátrios:

> Ementa: MANDADO DE SEGURANÇA. INSCRIÇÃO EM CONCURSO PÚBLICO. REALIZAÇÃO DAS PROVAS ANTES DA APRECIAÇÃO DO PEDIDO. PERDA DE OBJETO. Tendo sido as provas do concurso público realizadas antes da apreciação do mandado de segurança, bem como do pedido de concessão de liminar, esvaziou-se o objeto da impetração, prejudicando o julgamento do *mandamus*. Mandado de segurança prejudicado. (MS 23456 GO – Relator(a): ILMAR GALVÃO – Julgamento: 23/02/2000 – Publicação: DJ 14-04-2000 PP-00032 EMENT VOL-01987-02 PP-00260)

Ademais, verifica-se que o pleito liminar fora indeferido inicialmente pelo então relator Des. Clécio Aguiar de Magalhães (fls. 252/258), o que, de fato, naufraga o interesse processual.

Com efeito, o suscitado exaurimento do certame e a subsequente homologação do concurso obstaculiza qualquer incursão acerca do mérito da demanda, haja vista que, repise-se, esta se propunha a desconsideração da eliminação do impetrante, bem como que lhe fosse aplicada a recuperação de qualquer fase que por ventura deixou de se submeter e dos consequentes atos que lhe sucederam, e, ainda, a sua reclassificação, nomeação e posse na qualidade de *sub judice*.

Por conseguinte, não mais subsistindo razões para o julgamento do mérito deste *mandamus*, posto já levado a efeito o hostilizado processo seletivo, operou-se, *in casu*, a perda julgamento do mérito, 'ex vi' do art. 267, IV e VI do CPC, pela superveniente falta de interesse processual.

Em verdade, não se nega inexistir interesse processual se do eventual sucesso da demanda não puder resultar nenhuma vantagem ou benefício, seja moral ou econômico, para o autor. Em casos tais, a lide não se afigura útil, carecendo o promovente de interesse processual.

Ensina com singular inteligência CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO:

> "Presentes as condições da ação e sendo capaz do demandante e regular a demanda que apresenta ao Estado-juiz, a propositura desta dar-lhe-á o

> direito à realização dos atos do procedimento, mas ainda não ao provimento final. Concreto direito a este o demandante só terá quando o Estado-juiz estiver no dever de emiti-lo e esse dever depende da regular realização daqueles atos, ou seja: o direito ao provimento só se concretiza quando satisfeitos rigorosamente todos os pressupostos estáticos e dinâmicos impostos pela lei processual" [1] (destaques no original)

Diante do exposto, sem mais delongas, evidenciada a perda do objeto desta ação, **decreto a extinção do feito, sem apreciação de mérito**, nos termos do art. 267, VI do Código de Processo Civil.

É como voto.

Fortaleza, 3 de novembro de 2011.

1 Instituições de Direito Processual Civil. Vol. II, Malheiros, 2001, p. 618.

PROCESSO Nº: 0050034-35.2003.8.06.0000/0
TIPO: MANDADO DE SEGURANÇA COM PEDIDO DE MEDIDA LIMINAR
COMARCA: FORTALEZA
IMPETRANTE: MARIA LAILA SABINO CUNHA
IMPETRADO: SECRETÁRIO DE EDUCAÇÃO BÁSICA DO ESTADO DO CEARÁ
RELATOR: DES. FRANCISCO AURICÉLIO PONTES

EMENTA:
MANDADO DE SEGURANÇA - CONSTITUCIONAL - ADMINISTRATIVO - REMUNERAÇÃO DE SERVIDOR PÚBLICO - "QUANTUM" INFERIOR A UM SALÁRIO MÍNIMO - IMPOSSIBILIDADE - INCIDÊNCIA DA SÚMULA VINCULANTE Nº 16 DO PRETÓRIO EXCELSO - APLICAÇÃO NO CASO CONCRETO DO PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA - SEGURANÇA DEFERIDA.
I - De acordo com o entendimento firmado pelo STF, por meio da Súmula vinculante de nº 16, a remuneração total do servidor público não pode ser inferior ao salário mínimo nacional.
II - A decisão judicial que garante ao servidor público a remuneração mínima prevista no texto constitucional não afronta qualquer dispositivo legal, mas somente aplica, no caso concreto, o princípio da dignidade da pessoa humana.
III - Segurança concedida.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de Mandado de Segurança de nº 0050034-35.2003.8.06.0000, em que são partes as retro indicadas.

Acordam, por votação unânime, os excelentíssimos senhores Desembargadores que o órgão especial do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, em conceder a segurança, nos termos do voto do relator.

RELATÓRIO:

Trata-se de mandado de segurança com pedido de medida liminar impetrado por Maria Laila Sabino Cunha contra ato imputado ao Secretário de Educação Básica do Estado do Ceará.

Narra a impetrante, servidora pública estadual aposentada, que passou para inatividade percebendo proventos em valores inferiores ao salário mínimo nacional, em total desrespeito ao art. 7º, IV e VI, da Constituição Federal, diante do que requereu

medida liminar para imediata correção da suposta ilegalidade. No mérito, a autora pugna pela procedência da ação mandamental.

Inicialmente conclusos ao Presidente da Corte (fl. 21), este entendeu por notificar a autoridade impetrada, antes de apreciar a liminar perseguida. Informações prestadas pela autoridade impetrada, às fls. 25/28.

Redistribuídos os autos, a relatora antecessora, indeferiu a liminar, à fl. 33/34, valendo-se, para tanto, do art. 5º da Lei nº 4.348, de 26/06/64.

Instada a manifestar-se, a douta Procuradoria Geral de Justiça, às fls. 39/44, opinou pelo parcial provimento da segurança.

É o relatório.

VOTO:

De início, registre-se que estando a presente ação constitucional apta para o julgamento de mérito, torna-se despicienda a análise da medida liminar requerida inicialmente.

Compulsando atentamente os presentes fólios, verifico que o pleito autoral limita-se à omissão imputada ao chefe da Secretária de Educação Básica do Estado do Ceará consistente no pagamento dos proventos da impetrante em valor inferior a um salário mínimo mensal.

A remuneração dos servidores públicos, em seus diversos níveis de organização, é questão corriqueira nos Tribunais, mormente quando os entes públicos afrontam, de alguma forma, os termos da Constituição Federal.

O cerne da questão cinge-se em saber se os servidores têm direito a vencimento ou remuneração equivalente, em seu nível mais baixo, ao patamar fixado para o salário mínimo vigente em todo o território nacional, ou se, simplesmente, inexiste tal direito.

Para isso, faz-se necessário, mesmo que em breves palavras, distinguir o que vem a ser vencimentos e remuneração.

Vencimentos, em breves palavras, significam o valor pago, em pecúnia, em contrapartida à força de trabalho gerada pelo empregado. Por sua vez, a remuneração reflete o percebimento dos rendimentos aglutinados com todas as vantagens correspondentes, em decorrência do exercício de cargo ou função, ou de caráter pessoal.

Tal distinção foi albergada pelo STF, ou seja, para o Pretório Excelso o piso remuneratório dos servidores não pode ser inferior a um salário mínimo, levando-se em consideração a remuneração total do empregado, isto é, o pagamento global de todas as verbas percebidas pela atividade desempenhada.

Neste sentido, vejamos, por oportuno, o teor da Súmula vinculante de nº 16, oriundo da Corte Constitucional, redigida nos seguintes termos:

"Os arts. 7º, IV, e 39, § 3º (redação da EC 19/98), da Constituição, referem-

> se ao total da remuneração percebida pelo servidor público".

Sobre o tema, seguindo a orientação pretoriana, o Presidente da 1ª Câmara Cível deste colegiado, eminente Desembargador Fernando Luiz Ximenes Rocha, ao relatar o agravo de instrumento de nº 72540-58.2010.8.06.0000/0, ponderou que:

> "com a publicação da Súmula Vinculante nº 16, do Supremo Tribunal Federal (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".

Afastada, portanto, a tese levantada pela impetrada segundo a qual a servidora promovente não faz jus ao salário mínimo, devido ao fato de que labora menos de 40 horas semanais, haja vista que o direito à remuneração não está condicionado ao cumprimento de determinada carga horária.

Convém consignar, por outro lado, que não se cogita, na espécie, em afronta os termos da Súmula 339 do STF, na medida em que não concede aumento indevido em favor da promovente, mas apenas se adequa a remuneração da servidora ao patamar mínimo estabelecido pela própria Constituição Federal, prevalecendo, no caso concreto, o princípio da dignidade da pessoa humana.

Não se trata, pois, de aplicação do princípio da isonomia, mas sim de uma garantia mínima de uma conquista dos trabalhadores em geral, que, por consequência, deve repercutir também na esfera pública.

Diante de tais considerações, concedo a segurança.

É como voto, Senhor Presidente.

Fortaleza, 24 de Novembro de 2011.

PROCESSO Nº 2004.0003.1519-6/0.
TIPO DE AÇÃO: Mandado de Segurança.
COMARCA: Fortaleza/CE.
PARTES:
Impetrante: Alexandra Maria de Andrade.
Impetrado: Governador do Estado do Ceará e Secretários de Educação e de Administração do Estado do Ceará.
Relator: Desembargador Francisco Sales Neto.
Órgão Julgador: Tribunal Pleno.

EMENTA: CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. CONCURSO PÚBLICO PARA O CARGO DE PROFESSOR. PROVA DE TÍTULOS. AUSÊNCIA DA NECESSIDADE DE CITAÇÃO DOS DEMAIS CANDIDATOS APROVADOS NO CERTAME, EM RAZÃO DA NÃO CONFIGURAÇÃO DE DIREITO LÍQUIDO E CERTO À NOMEAÇÃO, E SIM, EXPECTATIVA DE DIREITO. PRELIMINAR AFASTADA. EXIGÊNCIA EDITALÍCIA DE APRESENTAÇÃO DO DIPLOMA DE CONCLUSÃO DE CURSO PARA AFERIMENTO DE PONTUAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE DE APRESENTAÇÃO DO DIPLOMA ANTE A DEMORA NA SUA EXPEDIÇÃO POR PARTE DA UNIVERSIDADE. APRESENTAÇÃO DE CERTIDÃO DE CONCLUSÃO DE CURSO PELA UNIVERSIDADE. DOCUMENTO RAZOÁVEL, NÃO PODENDO A AUTORIDADE COATORA DESCONSIDERÁ-LO. APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA RAZOABILIDADE E DOS ARTIGOS 6º DA LEI 1533/51 E 19 DA CF/88. ORDEM CONCEDIDA.

Acórdão

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de Mandado de Segurança, em que são partes as pessoas acima indicadas, **ACORDAM** os Desembargadores deste Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, em sessão plenária, em conceder a segurança pleiteada, em consonância com o parecer da douta Procuradoria Geral de Justiça, tudo nos termos do voto do Relator (integra este acórdão o relatório de fls.).

Voto

Trata-se de mandado de segurança com pedido de liminar *inaudita altera pars*, de competência originária deste Egrégio Tribunal, impetrado por Alexandra Maria de Andrade, em face do Governador do Estado do Ceará e dos Secretários de Educação e de Administração do Estado do Ceará, atribuindo-lhes a prática de ato supostamente ilegal e abusivo que não admitiu a Certidão de Conclusão de Curso da impetrante, em substituição ao Diploma de Conclusão de Curso, como título para o Concurso Público de Provas e Títulos para o provimento no Cargo de Professor, Classe Pleno I (Edital nº 0004/2003 – SEAD/SEDUC).

Aduz em síntese que foi aprovada em 9º lugar em concurso público para o cargo de professor de português, aferindo a pontuação total de 69,75 pontos, dos quais 6,0 pontos correspondem à titulação.

Alega a impetrante que, embora haja previsão editalícia, não recebeu nenhum ponto por sua Licenciatura Plena com habilitação em Português/Inglês pela Universidade Estadual do Ceará - UECE.

Esclarece ainda, que ante a impossibilidade de apresentar o Diploma, pois o mesmo ainda não tinha sido expedido pela Universidade quando do momento de apresentação dos títulos, apresentou uma Certidão de Colação de Grau devidamente expedida pela Universidade Estadual do Ceará, certificando a sua colação de grau no curso de Letras.

Requer, por fim, a concessão da segurança, no sentido de que se considere o certificado de conclusão de curso apresentado em substituição ao diploma exigido, por ocasião da prova de títulos, atribuindo-lhe a devida pontuação.

Liminar deferida (fls. 54/56).

As autoridades ditas coatoras, devidamente notificadas, ofereceram as suas informações no decêndio legal (fls. 61/76), pleiteando, preliminarmente, a extinção do feito sem julgamento de mérito ante a ausência de prova pré-constituída ou a citação dos litisconsortes passivos necessários, e no mérito, a denegação da segurança em razão do malferimento a diversos princípios, dentre os quais o da isonomia, o da estrita vinculação ao edital do concurso e o da separação dos poderes.

Douto parecer ministerial acostado às fls. 78/84, opinando no sentido da concessão da segurança.

Em suma é o relato.

Sem revisão, na forma legal.

Peço pauta para julgamento.

Aduz em síntese a impetrante, que ante a impossibilidade de apresentação de seu Diploma de conclusão de curso, por ocasião da fase de títulos em concurso público para o cargo de professor, apresentou certidão de colação de grau expedida pela Universidade Estadual do Ceará – UECE, contudo, não foi aceito pela comissão do concurso.

Afirmou ainda, que mesmo tendo concluído devidamente o curso de Letras

em 24 de janeiro de 2003, o Diploma somente lhe foi disponibilizado em 06 de dezembro de 2003, após o término do prazo para apresentação dos títulos.

Inicialmente, afasto de plano a preliminar assomada na necessidade de citação dos demais candidatos aprovados como litisconsortes necessários, pois os mesmos não possuem direito líquido e certo à nomeação, mas tão somente expectativa de direito, não se aplicando o disposto no artigo 47 do Código de Processo Civil.

Com relação a outra preliminar argüida, qual seja, a de ausência de prova pré-constituída, confunde-se com o próprio mérito do *mandamus*, e será analisada abaixo, juntamente com o deslinde do feito.

Constata-se que o ato praticado pelas autoridades indigitadas coatoras foi desprovido de razoabilidade, possibilitando o seu controle por parte do Poder Judiciário.

O atraso na entrega do Diploma de conclusão de curso, não pode ser imputado à impetrada, nem muito menos pode ela sofrer os efeitos negativos decorrentes da mora da Universidade em expedi-lo.

Como se vê, embora efetiva e tempestivamente a impetrada tenha concluído o curso de Letras na Universidade Estadual do Ceará - UECE, gozando do *status* de bacharela, restou a mesma impossibilitada de apresentar o respectivo Diploma para a comprovação da titulação prevista no edital do concurso.

Por tal razão, valeu-se de Certidão expedida pela mesma Universidade, certificando a sua colação de grau no curso de Letras.

Não podiam, dessa maneira, as autoridades coatoras indeferirem o título apresentado, ferindo, assim, os princípios constitucionais da razoabilidade e da proporcionalidade, bem como o artigo 6º da Lei 1.533/51 e artigo 19 da Carta da República, que seguem transcritos abaixo, *in verbis*:

> Art. 6º - A petição inicial, que deverá preencher os requisitos dos artigos 158 e 159 do Código de Processo Civil, será apresentada em duas vias e os documentos, que instruírem a primeira, deverão ser reproduzidos, por cópia, na segunda.
> Parágrafo único. No caso em que o documento necessário à prova do alegado se acha em repartição ou estabelecimento público, ou em poder de autoridade que se recuse fornecê-lo por certidão, o juiz ordenará, preliminarmente, por ofício, a exibição desse documento em original ou em cópia autêntica e marcará para cumprimento da ordem o prazo de dez dias. Se a autoridade que tiver procedido dessa maneira for a própria coatora, a ordem far-se-á no próprio instrumento de notificação. O escrivão extrairá cópias do documento para juntá-las à segunda via da petição.
>
> Art. 19. É vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios:
> I – (omissis)
> II – recusar fé aos documentos públicos;

Como se pode observar, a impetrante valeu-se do que tinha disponível

ao tempo da prova de títulos: a Certidão de conclusão do Curso de Letras, também instruindo a inicial deste *writ* com a devida Certidão, juntando ainda ao presente *mandamus*, o Diploma de conclusão de curso posteriormente expedido, de modo que não se pode prosperar a alegativa das autoridades coatoras de ausência de prova pré-constituída, razão pela qual a rejeito.

A própria Lei que trata da ação mandamental, em seu artigo 6º supra transcrito, dispõe acerca da possibilidade de comprovação do direito líquido e certo por meio de certidão fornecida pela autoridade devida.

Ademais, o artigo 19, inciso II da Constituição Federal de 1988 veda expressamente aos entes federados recusar fé aos documentos públicos.

Sem maiores delongas, não resta outra alternativa se não ordenar a recontagem de pontos da impetrante de modo a se atribuir ao certificado de conclusão de curso apresentado, a devida pontuação, como se Diploma fosse, consoante o edital do certame.

Isto posto, Senhor Presidente, voto no sentido de conceder a segurança pretendida em todos os seus termos.

É como voto.

Fortaleza, 01 de novembro de 2007.

PROCESSO Nº 0039014-03.2010.8.06.0000.
MANDADO DE SEGURANÇA.
IMPETRANTE: Elis Elaine Sousa e Silva.
IMPETRADO: Procurador-Geral de Justiça do Estado do Ceará.
RELATOR: Desembargador Fernando Luiz Ximenes Rocha.

Ementa: ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. MANDADO DE SEGURANÇA. CONCURSO PÚBLICO. ASSISTENTE MINISTERIAL DE 3ª ENTRÂNCIA. CANDIDATA CLASSIFICADA. CONVOCAÇÃO MEDIANTE TELEGRAMA. REGRA EDITALÍCIA. INOBSERVÂNCIA. ÔNUS DA PROVA (ART. 333, II, CPC). ATO DE NOMEAÇÃO. PUBLICAÇÃO NO DIÁRIO DA JUSTIÇA. NÃO COMPARECIMENTO PARA A POSSE. PRINCÍPIOS DA PUBLICIDADE, RAZOABILIDADE E DA VINCULAÇÃO AO EDITAL. VIOLAÇÃO. PRETERIÇÃO E QUEBRA DA ORDEM CLASSIFICATÓRIA. DEMONSTRAÇÃO. DIREITO LÍQUIDO E CERTO EVIDENCIADO. SEGURANÇA CONCEDIDA.

1. É de se reconhecer a preterição da candidata e, por consequência, o seu direito subjetivo à nomeação, se da norma de regência do concurso extrai-se que "11.2. A convocação dos candidatos será feita por telegrama." e o ente público ou a autoridade reputada coatora não se desincumbiram de demonstrar a "existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor" (art. 333, II, CPC), limitando-se a asserir que o ato de nomeação da candidata foi publicado no *Diário da Justiça* e, tendo essa deixado transcorrer *in albis* o trintídio legal para a posse, a Administração tornou sem efeito a nomeação, sem impugnar, no entanto, a alegação da suplicante quanto a fato constitutivo de seu direito líquido e certo, a saber, não haver sido convocada por telegrama, como preceituava o Edital.

2. A Administração tem o dever de, em atenção aos princípios da publicidade, razoabilidade e, particularmente, ao da vinculação ao edital, conferir a seus atos a mais ampla divulgação, notadamente quando os administrados, na hipótese candidatos em concurso público, forem interessados e individualmente afetados pela prática do ato.

3. Não se afigura razoável exigir que candidata aprovada em concurso público leia diariamente, ao longo de 2 anos (prazo prorrogável por igual período; item 14.6 do Edital), o *Diário Oficial* para verificar se sua nomeação foi efetivada (Nesse sentido: STJ, RMS 21554/MG, relª. Minª. Maria Thereza de Assis Moura, j. em 04.05.2010, DJe 02/08/2010).

4. Segurança concedida.

ACÓRDÃO

Acordam os integrantes do Órgão Especial do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, por unanimidade, em conceder a segurança, nos termos do voto do Relator.

Fortaleza, 29 de setembro de 2011.

RELATÓRIO

Cuida-se de mandado de segurança com pedido de medida liminar impetrado por Elis Elaine Sousa e Silva contra ato indigitado coator atribuído à Procuradora-Geral de Justiça do Estado do Ceará, a qual haveria desobedecido à regra editalícia da ordem de classificação dos aprovados no concurso público para o quadro permanente de pessoal da estrutura organizacional da Procuradoria Geral de Justiça do Estado do Ceará (Edital nº 001/2005, *DJ* 17.11.2005), ao convocar candidatos em posição posterior à da autora, classificada em 124º lugar, tendo sido, pois, preterida.

Aduz que o chamamento, consoante evidencia o Edital do certame, se daria por telegrama – "11.2. A convocação dos candidatos será feita por telegrama" – o qual jamais foi recebido pela impetrante.

Pugna a suplicante, assim, pela concessão da segurança, com o fito de que seja convocada, nomeada e empossada no cargo de assistente ministerial de 3ª entrância.

O provimento de urgência foi indeferido pela então relatora, Desembargadora Vera Lúcia Correia Lima, às fls. 40-44.

Em contestação de fls. 53-54, o Estado do Ceará argumenta que a autora, consoante explicita o Ato nº 015/2009, publicado no *Diário da Justiça* de 26.01.2009, foi nomeada em caráter efetivo para o exercício do cargo público em comento, mas deixou de comparecer à posse no lapso legal, motivo pelo qual foi posteriormente tornada sem efeito a sua nomeação (Ato nº 028/2009, *DJ* 02.03.2009), sobrevindo a convocação dos demais candidatos na ordem de classificação.

Em manifestação de fls. 61-63, a d. Procuradora-Geral de Justiça assere carência de ação da suplicante, ante a não demonstração nos autos, à primeira vista e sem dilação probatória, do alegado direito líquido e certo, de maneira que esse apenas se evidenciaria em duas situações, inexistentes *in casu*, a saber: quando o candidato logra classificar-se dentro do número de vagas previstas no edital ou em caso de quebra da ordem classificatória.

Além do mais, defende que a Administração fez prevalecer o comando insculpido no art. 18 da Lei estadual nº 9.826/1974 (Estatuto dos Servidores Públicos Civis do Ceará), segundo o qual: "Será tornada sem efeito a nomeação quando, por ato ou omissão do nomeado, a posse não se verificar no prazo para esse fim estabelecido", é

dizer, 30 (trinta) dias (art. 25), motivo pelo qual é de ser denegada a segurança.

Em 18.08.2011 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 (fls. 65 a 67).

É o relatório.

VOTO

A compulsar os fólios, observo, a partir da prova coligida, que a impetrante foi aprovada em centésimo vigésimo quarto (124º) lugar para o cargo de assistente ministerial de terceira entrância no concurso público para o quadro permanente de pessoal da estrutura organizacional da Procuradoria Geral de Justiça do Estado do Ceará (Edital nº 001/2005, *DJ* 17.11.2005).

Da norma de regência do concurso consta ainda que "11.2. A convocação dos candidatos será feita por telegrama.", não havendo o ente político ou a autoridade reputada coatora se desincumbido de demonstrar a "existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor" (art. 333, II, CPC), limitando-se a asserir que o ato de nomeação da candidata foi publicado no *Diário da Justiça* e, tendo essa deixado transcorrer *in albis* o trintídio legal para a posse, a Administração Pública tornou sem efeito aquele ato, sem impugnar, no entanto, a alegação da suplicante quanto a fato constitutivo de seu direito, *id est*, não haver sido convocada por telegrama, como preceituava o Edital.

É notório que em comarcas do interior do Estado, como a de Pacajus (CE), onde reside a suplicante (fl. 13), depara-se com a real dificuldade de acesso ao órgão oficial, existindo localidades em que sequer tem circulação o *Diário da Justiça*. Ora, não resta dúvida ser dever da Administração conferir a seus atos a mais ampla divulgação possível, notadamente quando os administrados, na hipótese os candidatos, forem interessados e individualmente afetados pela prática do ato.

Tanto é assim que, afirmo *en passant*, a lei processual civil prevê que as comunicações processuais, nas comarcas em que não houver órgão de publicação dos atos oficiais, e não dispondo a lei de outro modo, "serão feitas às partes, aos seus representantes legais e aos advogados pelo correio ou, se presentes em cartório, diretamente pelo escrivão ou chefe de secretaria" (art. 238, CPC).

No caso *sub oculi*, o Edital prescreve explicitamente que a convocação deve dar-se mediante telegrama; no entanto, não consta dos fólios que esse requisito haja sido atendido pelo poder público, o qual se restringiu a publicar em órgão oficial o ato de nomeação, de modo que, a meu sentir, restaram violados os princípios da publicidade e da vinculação ao edital.

A propósito, no que guarda pertinência com a matéria em análise, decidiu o Superior Tribunal:

ADMINISTRATIVO. SERVIDOR PÚBLICO ESTADUAL. CONCURSO PÚBLICO. LONGO LAPSO ENTRE UMA FASE E OUTRA. PUBLICAÇÃO EXCLUSIVA NO DIÁRIO OFICIAL. PREVISÃO DIVERSA NO EDITAL. VIOLAÇÃO DE PUBLICIDADE E DO EDITAL.
1. Insurge-se o candidato aprovado em primeira fase de certame – fevereiro de 2006 –, por ter sido convocado para segunda fase – maio de 2009 – mediante publicação exclusiva no Diário Oficial do Estado. O Edital previa a publicação pelo DOE, a fixação de avisos nas repartições, bem como divulgação na Internet.
2. **É pacífico na jurisprudência que a convocação para participação em fase posterior, decorrido longo lapso temporal, tão somente por convocação pelo Diário Oficial, havendo previsão de divulgação pela Internet no Edital, viola o princípio da publicidade e a vinculação ao Edital**. Precedentes específicos: AgRg no RMS 32.511/RN, Rel. Min. Castro Meira, Segunda Turma, DJe 23.11.2010; e RMS 32.688/RN, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJe 12.11.2010. Agravo regimental improvido. (STJ, AgRg no RMS 33840/RN, rel. Min. Humberto Martins, 2ª T., j. em 19.05.2011, DJe 25/05/2011).

AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO ORDINÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA. ADMINISTRATIVO. CONCURSO PÚBLICO. CONVOCAÇÃO MEDIANTE PUBLICAÇÃO NO DIÁRIO OFICIAL. PRINCÍPIOS DA PUBLICIDADE E DA RAZOABILIDADE. NÃO OBSERVÂNCIA. PRECEDENTES.
1. **Muito embora não houvesse previsão expressa no edital do certame de intimação pessoal do candidato acerca da sua convocação, em observância aos princípios constitucionais da publicidade e da razoabilidade, a Administração Pública deveria convocar pessoalmente o candidato, para que pudesse exercer, se fosse de seu interesse, seu direito à nomeação e posse**.
2. De acordo com o princípio constitucional da publicidade, insculpido no art. 37, *caput*, da Constituição Federal, é dever da Administração conferir aos seus atos a mais ampla divulgação possível, principalmente quando os administrados forem individualmente afetados pela prática do ato. Precedentes.
3. Agravo regimental improvido. (STJ, AgRg no RMS 23467/PR, relª. Minª. Maria Thereza de Assis Moura, 6ª T., j. em 15.03.2011, DJe 25.03.2011).

ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. […] CONCURSO PÚBLICO. APROVAÇÃO. **CONVOCAÇÃO NÃO EFETUADA DEVIDO A FALHA NO ENDEREÇAMENTO DO TELEGRAMA**. **ERRO ATRIBUÍDO EXCLUSIVAMENTE À ADMINISTRAÇÃO**. **DIREITO LÍQUIDO E CERTO RECONHECIDO**. **SEGURANÇA CONCEDIDA**.
1. […]
2. […]
3. Na hipótese, o candidato foi aprovado e classificado dentro das vagas, **não sendo nomeado por falha no endereçamento do telegrama, erro**

> **cometido única e exclusivamente pela Administração**. **Direito líquido e certo reconhecido**.
> 4. Segurança concedida. (STJ, MS 9933/DF, rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, 3ª Seção, j. em 23.11.2005, DJ 06.03.2006, p. 150).

Por conseguinte, não reputo que a suscitada preterição se possa imputar, como aduz a representante do Ministério Público (fl. 62), a uma inércia ou omissão da autora, mas à circunstância, evidenciada na via eleita, de que a Administração Pública não procedeu de conformidade ao preceito editalício com respeito ao envio de telegrama para a convocação da candidata, de maneira a vedar-lhe a oportunidade de tomar conhecimento da nomeação e, portanto, comparecer no trintídio para assumir o cargo público em apreço.

Ademais, não se afigura razoável exigir que a candidata aprovada em concurso público leia diariamente, ao longo de 2 anos (prazo prorrogável por igual período; item 14.6 do Edital), o *Diário Oficial* para verificar se sua nomeação foi efetivada (Nesse sentido: STJ, RMS 21554/MG, relª. Minª. Maria Thereza de Assis Moura, j. em 04.05.2010, DJe 02/08/2010).

A peticionária também evidenciou a quebra da ordem classificatória ante a existência de edital de convocação (Edital nº 005/2010) de candidatos classificados para o mesmo cargo em posição posterior (127º a 132º) à sua (124º) (fls. 32-33).

Desta feita, **concedo a segurança**, a fim de reconhecer à impetrante, ante a evidenciada preterição e quebra na ordem classificatória, o direito subjetivo à nomeação no cargo de assistente ministerial de 3ª entrância do concurso público para o quadro permanente de pessoal da estrutura organizacional da Procuradoria Geral de Justiça do Estado do Ceará (Edital nº 001/2005, *DJ* 17.11.2005)

Sem honorários advocatícios, conforme Súmula 512 do STF e Súmula 105 do STJ.

É como voto.

Reexame Necessário nº 645963-40.2000.8.06.0001/1 (Ação Ordinária)
Remetente: Juízo de Direito da 7ª Vara da Fazenda Pública de Fortaleza
Autora: Tecelagem e Confecções Cofran Ltda
Réu: Estado do Ceará
Reexame Necessário nº 640306-20.2000.8.06.0001/1 (Ação Cautelar)
Remetente: Juízo de Direito da 7ª Vara da Fazenda Pública de Fortaleza
Autora: Tecelagem e Confecções Cofran Ltda
Réu: Estado do Ceará
Relator Desembargador Ademar Mendes Bezerra

EMENTA: MANDADO DE SEGURANÇA. APREENSÃO DE MERCADORIAS PELO FISCO COM O OBJETIVO DE COMPELIR O CONTRIBUINTE AO PAGAMENTO DO ICMS. SANÇÃO POLÍTICA. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA Nº 323 DO STF EM COMBINAÇÃO COM O ENUNCIADO Nº 31 DA SÚMULA DE JURISPRUDÊNCIA DO TJ/CE.
I – A ordem jurídica brasileira mune o Poder Público de meios jurídicos eficazes para exigência de seus créditos tributários, sendo inadmissíveis sanções políticas com o desiderato de compelir o contribuinte ao pagamento de impostos, pelo que se afigura inválida a apreensão de mercadorias com tal fim, consoante já assentado pela súmula 323 do Supremo Tribunal Federal.
II – Inteligência do verbete nº 31 da súmula de jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará.
Recursos conhecidos, todavia improvidos.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de reexames necessários de numeração **645963-40.2000.8.06.0001/1 (Ação Ordinária) e 640306-20.2000.8.06.0001/1 (Ação Cautelar)**, em que figuram as partes acima indicadas, acordam os Desembargadores integrantes da Segunda Câmara Cível do egrégio Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, à unanimidade, conhecer dos recursos *ex officio*, todavia para negar-lhes provimento, confirmando, *in totum,* a sentença de primeiro grau, na conformidade do voto do relator.

Fortaleza, 12 de janeiro de 2011.

RELATÓRIO

Cuidam os presentes autos de remessas oficiais suscitadas em face de sentenças proferidas pelo Juízo de Direito da 7ª Vara da Fazenda Pública de Fortaleza e que julgaram procedentes os pedidos formulados nas lides ordinária e cautelar, para declarar e constituir ilegal a apreensão de mercadorias de propriedade da autora por meio do auto de infração nº 2002.13366-0, tornando definitiva a liminar concedida no processo acessório.

Na inicial a autora combate o auto de infração nº 2002.13366-0 e que apreendeu mercadorias de sua propriedade que estavam sendo transportadas com destino a Fortaleza, neste Estado, sob o fundamento de que estavam desacompanhadas da documentação fiscal idônea.

Contestações do Estado do Ceará às fls. 40/48 (lide ordinária) e às fls. 55/62 (processo cautelar), argüindo a legitimidade do ato administrativo e a supremacia do interesse público. Requereu a improcedência da demanda.

A medida liminar foi concedida na via cautelar (fls. 43/49).

Réplicas às fls. 50/58 (processo principal) e 64/672 (autos acessórios).

Instado a se manifestar, o representante do Ministério Público apresentou manifestação às fls. 60/61 e 74/76, nas quais deixou de apresentar manifestação de mérito.

Sentenças proferidas às fls. 62/66 e 77/81, com o fim de julgar procedentes os pedidos autorais, considerando ilegal a apreensão de mercadorias propiciada pelo auto de infração nº2002.13366-6, tornando desta forma, definitiva a liminar concedida na ação cautelar de nº 2000.0124.5306-5.

O feito foi submetido ao duplo grau de jurisdição.

Pareceres da Procuradoria Geral de Justiça opinando pelo desprovimento do recurso obrigatório (fls. 77/81 e 92/97).

É o relatório.

VOTO

Cuidam-se de reexames obrigatórios suscitados pelo magistrado prolator das sentenças de fls. 62/66 e 77/81, tornando apta a apreciação das causas por força do disposto no art. 475, I, do CPC.

O tema submetido a reexame necessário cinge-se à possibilidade de apreensão de mercadorias pelo Fisco com a finalidade de servir de meio coercitivo para a posterior liberação quando do pagamento do Imposto sobre a Circulação de Mercadorias e Serviços.

Os tribunais pátrios entendem, pacificamente, que a coerção fiscal, neste caso, não é lícita, sendo cabível, contra o ato da autoridade pública, a garantia constitucional do mandado de segurança para estancar o ato ilegal e abusivo.

Tais atitudes são definidas como sanções políticas, cujo conceito é bem exposto por Hugo de Brito Machado:

> Entende-se como sanção política, no âmbito do Direito Tributário, a restrição ou proibição imposta, ou a exigência feita ao contribuinte como meio indireto para obrigá-lo ao pagamento do tributo. (*In* Aspectos Fundamentais do ICMS, São Paulo, Ed. Dialética, 1997, p. 232)

O excelso Supremo Tribunal Federal já sumulou a *quaestio juris* ao editar o verbete nº 323, transcrito *in verbis:*

> É inadmissível a apreensão de mercadorias como meio coercitivo para o pagamento de tributos.

No mesmo sentido o verbete sumular nº 31 do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará:

> Padece de ilegalidade e ilicitude a apreensão de mercadorias pelo fisco como forma coercitiva de pagamento de tributos, devendo a satisfação do crédito tributário ocorrer mediante a instauração de procedimento administrativo e jurisdicional próprios à sua constituição e execução, respectivamente.

O Poder Público tem os meios judiciais para executar seus créditos, inclusive desfrutando de prerrogativas processuais sem parâmetros nas lides judiciais entre particulares, não justificando, pois, a prática de tais expedientes.

Comentando a posição do STF sobre a matéria, leciona Roberto Rosas:

> O Tribunal Pleno decidiu que a Fazenda deve cobrar seus créditos através de execução fiscal, sem impedir direta ou indiretamente a atividade profissional do contribuinte. (*In* Direito Sumular, 2ª ed., São Paulo, RT, p. 295).

In casu, o agente fiscal já tinha lavrado o respectivo auto de infração, com a cominação da multa devida, no qual já constava a irregularidade no transporte das mercadorias, não havendo fundamento para se manter a retenção dos bens transportados, portanto, uma vez lavrado o competente auto infracional, ressalvando expressamente a exação tributária, o ato impetrado demonstra, tão-somente o escopo de coagir a sociedade empresarial autora a recolher o tributo, sem a oportunidade de defesa no respectivo processo administrativo fiscal.

De se ressaltar que o Decreto Estadual nº 24.569/1997, especialmente no seu artigo 831 contempla a situação jurídica expressamente vedada pela Súmula nº 323 do Pretório Excelso, sendo, portanto, a prova inconteste da ilegalidade do ato praticado pela autoridade coatora.

A jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará já se encontra sedimentada, senão vejamos, *litteris:*

> EMENTA: APELAÇÃO E RECURSO OFICIAL - TRIBUTÁRIO -

MANDADO DE SEGURANÇA - APREENSÃO DE MERCADORIA - PAGAMENTO DE TRIBUTO - ILEGALIDADE - SÚMULA 323 DO STF - RECURSOS CONHECIDOS, MAS DESPROVIDOS.
I - "É inadmissível a apreensão de mercadorias como meio coercitivo para pagamento de tributos." (Súmula nº 323 do STF).
II - Se o agente fiscal já tinha lavrado o respectivo auto de infração, no qual já constava a irregularidade no transporte das mercadorias, não há fundamento para se manter a retenção da carga, porquanto somente se estará praticando ato com o escopo de coagir o autuado a recolher a exação fiscal para que se libere a mercadoria, sem a oportunidade de defesa no respectivo processo administrativo fiscal.
III - Recursos conhecidos, mas desprovidos. (Apelação nº 2005.0026.1572-1/1, 2ª Câmara Cível, Rel. Desª. *Gizela Nunes de Costa,* julgado em 04/06/2008)

EMENTA: CONSTITUCIONAL - TRIBUTÁRIO - INADIMPLÊNCIA DE OBRIGAÇÃO TRIBUTÁRIA - APREENSÃO DE MERCADORIAS - INADMISSIBILIDADE - VIOLAÇÃO AO DEVIDO PROCESSO LEGAL E AO PROCEDIMENTO PREVISTO NA LEI N° 6.830/80 (EXECUÇÃO FISCAL) - PREVALÊNCIA DA SÚMULA 323 DO STF.
I - As prerrogativas conferidas aos entes da Administração Pública não podem exceder as hipóteses expressamente previstas no ordenamento jurídico, restritas às finalidades da atuação estatal.
II - Impossibilidade de utilização pelo Estado de meios que visem ao pagamento coercitivo de tributos, tendo em vista a existência de procedimentos administrativos e judiciais próprios para a cobrança do crédito tributário, tais como a ação de execução fiscal regida pela Lei n° 6.830/80.
III - A retenção de mercadorias pelo agente fazendário tem o nítido escopo de forçar o contribuinte ao pagamento do tributo devido, infringindo frontalmente o teor da Súmula 323 do STF.
IV - Desejando o Fisco o adimplemento de obrigação tributária, deve se valer de processo administrativo, por meio do qual se inscreve o débito em dívida ativa, para posterior cobrança via processo de execução fiscal, nos moldes da Lei n° 6.830/80.
V - Precedentes desta Corte e dos tribunais superiores.
REMESSA OFICIAL CONHECIDA E DESPROVIDA. (Apelação Cível nº 2005.0026.5471-9/0 , 2ª Câmara Cível, Rel. Des. *Francisco de Assis Filgueira Mendes,* julg. 16/12/2006)

Ementa: TRIBUTÁRIO. APREENSÃO DE MERCADORIA. MEIO COERCITIVO DE COBRANÇA DE TRIBUTO. SANÇÃO POLÍTICA. IMPOSSIBILIDADE. - A ordem jurídica brasileira mune o Poder Público de meios jurídicos eficazes para exigência de seus créditos, sendo inadmissíveis sanções políticas com o desiderato de compelir o contribuinte, pelo que se afigura inválida a apreensão de mercadorias com tal fim, consoante já assentado pela súmula 323 do Supremo Tribunal Federal. - Precedentes deste colendo Tribunal e dos Tribunais Superiores. - Remessa oficial improvida. (Apelação Cível nº 2006.0006.6375-1/1, 2ª Câmara Cível, Rel. Des. *Ademar Mendes Bezerra*, julgado em 02/07/2008)

> EMENTA: DIREITO PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. AGRAVO DE INSTRUMENTO. DESCUMPRIMENTO, PELO AGRAVANTE, DO DISPOSTO NO "CAPUT" DO ART. 526, CPC. ARGÜIÇÃO PELO MINISTÉRIO PÚBLICO NA QUALIDADE DE "CUSTUS LEGIS". ÔNUS DE ALEGAR QUE PERTENCE A AGRAVADA. RECURSO ADMITIDO. REGIME ESPECIAL DE FISCALIZAÇÃO E APREENSÃO DE MERCADORIAS COMO FORMA DE EXIGÊNCIA DE TRIBUTOS. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA Nº. 31 DESTE TRIBUNAL. APLICAÇÃO. Inexistência de autorização legal para retenção de mercadoria como forma coercitiva para pagamento de tributos. O Estado dispõe de meio capaz e eficaz de efetivar a cobrança de impostos, sendo ilegal e inadmissível a apreensão de mercadoria como meio para forçar o contribuinte ao pagamento de tributos.
> Agravo conhecido e improvido. (Agravo de Instrumento nº 2006.0024.0326-9/1, 2ª Câmara Cível, Rel. Des. *João de Deus Barros Bringel*, julgado em 30/07/2008)

As sentenças de primeira instância, como visto, não merecem reparos.

Isto posto, em harmonia com o d. pronunciamento da Procuradoria Geral de Justiça, conheço das suscitações, mas para negar-lhes provimento, confirmando, *in totum,* as sentenças de primeiro grau proferidas nas ambiências cautelar e ordinária.

É como voto.

Fortaleza, 12 de janeiro de 2010.

Jurisprudência Criminal

Apelação CRIME

Nº 2000.0164.8360-0/1 APELAÇÃO CRIME
COMARCA: CANINDÉ
APELANTE: MINISTÉRIO PÚBLICO
APELADO: FRANCISCO UBIRATAN BARBOSA DA SILVA
RELATOR: DES. EYMARD DE AMOREIRA

EMENTA: PENAL – PROCESSUAL – APELAÇÃO CRIME – ACIDENTE DE TRÂNSITO – ART. 302 DO CNT – COLISÃO FATAL – PENA ALTERNATIVA DE MULTA – DESTINAÇÃO ILEGAL - ART. 49 CPB. RECURSO IMPROVIDO.

1. Não obstante as aparentes semelhanças entre os institutos da pena de multa e da prestação pecuniária, não há de se confundir suas naturezas jurídicas.
2. A prestação pecuniária, conforme a letra do artigo 44 e seguintes do mesmo diploma, consistem na substituição da pena privativa de liberdade em pena pecuniária, ou seja, no pagamento em dinheiro à vítima, a seus dependentes ou a entidade pública ou privada, com destinação social (...) tendo como escopo precípuo, consoante a doutrina moderna, a despenalização dos delitos de menor potencial lesivo.
3. Recurso Improvido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de apelação crime, nº 2000.0164.8360-0/1 da 2ª Vara da Comarca de Canindé, em que é apelante o Ministério Público e apelado Francisco Ubiratan Barbosa da Silva.

Acorda a Turma, por unanimidade de votos, em conhecer do apelo, mas para lhe negar provimento, em discordância com o parecer da douta Procuradoria Geral de Justiça.

O representante do Ministério Público, com múnus na Comarca de Canindé, denunciou a pessoa de *Francisco Ubiratan Barbosa da Silva*, qualificado nos autos, como incurso nas penas do art. 302 da Lei nº 9.503/97, posto que, no dia 11 de julho do ano 2000, em torno das 11:00h, pilotava em baixa velocidade, porém pela contramão da Rua Romeu Martins, sentido centro/bairro do Can, naquele município, em uma moto de sua propriedade da marca HONDA/CG 125 TITAN, Placa HWA - 5891, quando colidiu com outra motocicleta TITAN de Placa LWK – 3431, guiada pela vítima *José de Arimatéia Coelho*, conhecido como "Matéia", vindo este a falecer dois dias após o acidente.

Submetido ao regular sumário de culpa, eis que findou condenado à pena privativa de liberdade pelo período de três anos, ficando também proibido de dirigir veículos automotores pelo período de 01(um) ano.

Nos termos do art. 44, I do Código Penal, o Ilustre Magistrado *a quo* substituiu a pena privativa de liberdade por prestação de serviços à comunidade por um período de três anos e **multa** no valor de um salário mínimo, **a ser revertida para cadeia pública de Canindé**, a teor da sentença que repousa às fls. 100/103.

Objetivando a correição da sentença, em aspecto que não interfere na lide penal, o digno representante do Ministério Público interpôs o presente apelo de fls. 105/107, combatendo a destinação dada pelo Julgador à pena de multa, sob o argumento de que sua destinação encontra-se expressamente definida no art. 49 do Código Penal Brasileiro.

Apelo resumidamente contra-arrazoado às fls. 114/115, pugnando pela confirmação da destinação da multa.

Com vista à douta Procuradoria Geral de Justiça, esta, em seu parecer de fl. 123/126, opinou pela procedência do apelo.

É o relatório.

VOTO

Não obstante as aparentes semelhanças entre os institutos da ***pena de multa*** *e* a ***prestação pecuniária***, consistente em restritiva de direito, não há de se confundir suas naturezas jurídicas, pois, àquela, esculpida no art. 49 do Código Penal, consiste no pagamento ao fundo penitenciário da quantia fixada na sentença, não podendo o valor da condenação ser inferior 1/30 (um trigésimo) do salário mínimo mensal vigente à época, nem 05 (cinco) salários mínimos, podendo, ainda, nesse pesar, transformar-se em dívida de outro valor, se não cumprida.

A ***prestação pecuniária*** por sua vez, conforme a letra do artigo 44 e seguintes do mesmo diploma, consiste na substituição da pena privativa de liberdade em pena pecuniária, ou seja, no pagamento em dinheiro à vítima, a seus dependentes ou a ***entidade pública*** ou privada, com destinação social, de importância fixada pelo juiz, não inferior a 1 (um) salário mínimo nem superior a 360 (trezentos e sessenta) salários mínimos, tendo como escopo precípuo, consoante a doutrina moderna, a despenalização dos delitos de menor potencial lesivo.

Observe que o tema já foi pauta de discussão no Superior Tribunal de Justiça, que firmou entendimento nos seguintes termos:

> "CRIMINAL. HC. PENA DE MULTA E DE PRESTAÇÃO PECUNIÁRIA. NATUREZAS JURÍDICAS DIVERSAS. RECONVERSÃO DA PENA RESTRITIVA DE DIREITOS EM PRIVATIVA DE LIBERDADE. POSSIBILIDADE. ORDEM DENEGADA.
> - A pena de multa e a prestação pecuniária – espécie de pena restritiva de direitos – possuem naturezas jurídicas diversas.
> - O art. 44, § 4º, do Código Penal autoriza a reconversão da pena de prestação pecuniária, não cumprida, em privativa de liberdade.

> - Ordem denegada." (HC 24.442/DF, Relator Ministro Jorge Scartezzini, in DJ 17/3/2003).

Como se vê, a demanda do Agente Ministerial não merece acolhida, pois, no caso em apelo, a multa possui natureza jurídica de prestação pecuniária restritiva de direito, alicerçada no art. 44 do Código Penal Brasileiro, possuindo o Magistrado a faculdade de indicar a quem vai se reverter à prestação pecuniária substituída pela restritiva de liberdade.

Pelas razões acima comprovadas, a contrário senso da douta Procuradoria de Justiça, julgo desmerecedora de reforma a sentença impugnada, razão pela qual a mantenho íntegra em todos os seus termos.

É como voto.

Fortaleza, 19 de fevereiro de 2008.

PROCESSO Nº 0000945-25.2009.8.06.0035
APELAÇÃO CRIME – 2ª VARA DA COMARCA DE ARACATI
APELANTE: FRANCISCO ALISSON DA COSTA SILVA
APELADO: JUSTIÇA PÚBLICA
RELATOR: DES. HAROLDO CORREIA DE OLIVEIRA MÁXIMO

EMENTA: PENAL E PROCESSUAL PENAL – APELAÇÃO CRIMINAL – CRIME DE FURTO SIMPLES – SENTENÇA CONDENATÓRIA – PEDIDO DE REFORMA DA DECISÃO, ANTE O PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA – IMPOSSIBILIDADE DE ACOLHIMENTO – AUTORIA E MATERIALIDADE DEMONSTRADAS – IMPROVIMENTO DO RECURSO.
1. Autoria e materialidade devidamente provadas na instrução processual, evidenciando um conjunto probatório harmônico e coeso com elementos suficientes para ensejar a sentença condenatória.
2. Para aplicação do princípio da insignificância, outros critérios, que não apenas o valor da *res furtiva*, devem ser levados em consideração, cabendo ao julgador, em cada caso concreto, avaliar a necessidade e conveniência dessa benesse.
3. Sentença mantida em sua integralidade.
4. Recurso conhecido e improvido.

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.

RELATÓRIO

FRANCISCO ALISSON DA COSTA SILVA**,** qualificado nos autos foi denunciado pelo representante do Ministério Público, como incurso nas sanções do art. 155, caput, do Código Penal.

O recorrente foi condenado à pena de um (01) ano e três (03) meses de reclusão, a ser cumprida sob o regime aberto e ao pagamento de trinta e cinco (35) dias-multa, fixado o dia multa no mínimo legal.

Inconformado com o *decisum*, o apelante interpôs o recurso em exame, com razões às fls. 78/81, visando à reforma da decisão.

Contrarrazões apresentadas pelo Promotor Público às folhas 83/84,

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 101/104.

O feito foi distribuído para este Gabinete em 13/12/11, conforme dados do sistema SAJ, 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

Feito o devido exame dos autos, verifica-se que o recurso foi interposto tempestivamente, sendo cabível na espécie, razão para tomar o conhecimento pretendido.

Francisco Alisson da Costa Silva, qualificado nos autos, foi denunciado pelo representante do Ministério Público, como incurso no art. 155, caput, do Código Penal, sob o argumento de haver, no dia 15 de abril de 2009, praticado crime de furto, na comarca de Aracati.

Conforme consta na denúncia de fls. 02/04, o recorrente adentrou na casa da vítima Josete Soares da Silva, que se encontrava aberta e desta furtou objetos, tais como: aparelho de telefone celular e um boné. Logo após a prática do delito, tentou vender o aparelho celular a uma terceira pessoa, que ao tomar conhecimento da natureza ilícita do objeto, denunciou à delegacia local.

Após acionada, a polícia militar diligenciou e obteve êxito na prisão do apelante, que prontamente confessou a prática do furto, alegando que tal fato se deu em decorrência de seu vício em crack.

Apresentada a defesa prévia, ultimada a instrução criminal e oferecidas as alegações finais, sobreveio a sentença de fls. 71/75, na qual a juíza do feito julgou procedente a denúncia, condenando o recorrente à pena de um (01) ano e três (03) meses de reclusão, a ser cumprida sob o regime aberto e ao pagamento de trinta e cinco (35) dias-multa, fixado o dia multa no mínimo legal.

Irresignado com o resultado da sentença condenatória o recorrente apelou contra o *decisum,* sustentando a atipicidade do fato delituoso, pugnando pela absolvição, com base no princípio da insignificância.

A materialidade e a autoria do crime são inquestionáveis, comprovadas pelos seguintes elementos: Auto de Prisão em Flagrante (fls. 06), Recibo de Entrega do Preso (fls. 11), bem como pelos demais elementos de provas constantes nos autos.

Sem razão o recorrente. A sentença condenatória está fundamentada, respaldada pelo conjunto probatório que se apresenta lógico, coerente e harmônico. Quanto aos bens subtraídos pelo apelante, ainda que não tão valorosos, mesmo assim não possuem o caráter bagatelar. Ademais, o valor do bem furtado, por si só, não autoriza o aplicador da lei a descriminalizar a conduta e absolver o acusado.

O princípio da insignificância não deve ser usado para mascarar e estimular

delitos pequenos. Ressalta-se que este não deve ser aplicado tão somente em razão do valor subtraído, assim como o "juridicamente relevante" não deve ser entendido apenas pelo valor econômico da res furtiva.

Comprovada a nocividade social da conduta do agente, o relativo valor dos bens subtraídos e a relevância penal do fato, afasta-se a aplicação do princípio da insignificância no crime de furto.

Sobre o tema, ensinamentos de CEZAR ROBERTO BITENCOURT, *in* Código Penal Comentado, *verbis*:

> "(...). Assim, a irrelevância ou insignificância de determinada conduta deve ser aferida não apenas em relação à importância do bem juridicamente atingido, mas especialmente em relação ao grau de sua intensidade, isto é, pela extensão da lesão produzida (...). Concluindo, a insignificância da ofensa afasta a tipicidade. Mas essa insignificância só pode ser valorada por meio da consideração global da ordem jurídica (...)". (Código Penal Comentado, CEZAR ROBERTO BITENCOURT. - 5. ed. atual. – São Paulo: Saraiva, 2009, p. 5).

Nesse ponto, se faz oportuna a transcrição de ementa de acórdão sobre o tema:

> **EMENTA:** PENAL E PROCESSO PENAL. FURTO QUALIFICADO. MATERIALIDADE E AUTORIA COMPROVADAS. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. NÃO INCIDÊNCIA. CONDENAÇÃO MANTIDA. 1. Não prevalece a tese de absolvição por insuficiência de provas, quando o conjunto probatório é conclusivo pela autoria e materialidade, notadamente em face do depoimento das testemunhas e pelas declarações da vítima colhidas em juízo. 2. A aplicação do princípio da insignificância norteia-se por premissas básicas que se materializam na presença cumulada de requisitos objetivos já consagrados pela jurisprudência, quais sejam, a mínima ofensividade da conduta, ausência de periculosidade social da ação, reduzido grau de reprovabilidade do comportamento do agente e inexpressividade da lesão ao bem juridicamente tutelado. Ausentes tais requisitos, não há de se falar em aplicação do referido princípio. 3. Recurso conhecido e desprovido.
> (TJDFT -20101210060156APR, Relator JESUÍNO RISSATO, 1ª Turma Criminal, julgado em 11/07/2011, DJ 05/08/2011 p. 241).

Imperiosa a condenação. O conteúdo probatório dos autos é plenamente suficiente, posto que induvidoso para justificar, com a segurança que se exige, o decreto condenatório, motivo para negar provimento ao recurso, confirmando a sentença combatida em sua integralidade.

É o voto.

Fortaleza, 13 de fevereiro de 2011.

PROCESSO Nº 0097701-04.2009.8.06.0001
APELAÇÃO CRIME – 1ª VARA CRIMINAL DA COMARCA DE FORTALEZA
APELANTE: DAVID LAMEU DE SOUSA NETO
APELADO: A JUSTIÇA PÚBLICA
RELATOR: DES. HAROLDO CORREIA DE OLIVEIRA MÁXIMO

EMENTA: PENAL E PROCESSUAL PENAL – APELAÇÃO CRIMINAL – PORTE ILEGAL DE ARMA DE FOGO – PRISÃO EM FLAGRANTE – APREENSÃO DE PISTOLA 765, CALIBRE 32, NUMERAÇÃO RASPADA, MUNICIADA COM 05 (CINCO) CARTUCHOS – DELITO DE MERA CONDUTA – SENTENÇA CONDENATÓRIA – APELAÇÃO – CONHECIMENTO E IMPROVIMENTO DO RECURSO.
1. A autoria e materialidade estão devidamente provadas na instrução processual. O acusado, preso em flagrante delito, confessou a posse da arma.
2. O delito de porte de arma de fogo é crime de mera conduta, bastando para sua tipificação apenas que o agente porte a arma, sem a devida licença da autoridade competente e em desacordo com a disposição legal ou regulamentar
3. A absolvição mostra-se inviável quando o conjunto probatório demonstra claramente a prática de crime de porte ilegal de arma de fogo de uso restrito.
4. Recurso conhecido e improvido.

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.

RELATÓRIO

Apelação interposta pelo acusado David Lameu de Sousa Neto contra sentença que o condenou pela prática da infração capitulada no Art. 14, da Lei Nº 10.826/2003.

O recorrente foi condenado à pena de seis (06) anos de reclusão, no regime inicial fechado e ao pagamento de quinze (15) dias-multa, sendo o dia-multa, sendo o dia multa arbitrado no mínimo legal.

Inconformado com esse resultado, o apelante interpôs o recurso em exame, com razões às fls. 107/111, pleiteando a absolvição.

Nas contra razões ao recurso de apelação, às fls. 114/117, o representante do Ministério Público rebateu os argumentos e pugnou pela manutenção integral da sentença combatida. O parecer da douta Procuradoria Geral de Justiça foi exarado no mesmo sentido, podendo ser visto às fls.125/130.

Por sucessão, o feito foi redistribuído para este Gabinete em 25/08/10, 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

O recurso comporta conhecimento, vez que se encontram presentes os requisitos de sua admissibilidade.

David Lameu de Sousa Neto, qualificado nos autos, foi denunciado pelo representante do Ministério Público, como incurso no Art. 14, da Lei Nº 10.826/2003 (Estatuto do Desarmamento), sob o argumento de que ele portava ilegalmente uma arma de fogo.

Conforme consta na denúncia (fls. 02/04), no dia 02 de setembro de 2009, por volta de 10 horas, policiais militares receberam a informação, via CIOPS, de que um indivíduo estava armado efetuando assaltos nas imediações.

Após efetuar uma busca nas pessoas que estavam nas proximidades, os policiais militares avistaram um indivíduo com as mesmas características repassadas. No momento em que o abordaram David Lameu de Sousa Neto este portava uma pistola 765, com numeração raspada, municiada com cinco (05) projéteis intactos e não deflagrados, calibre 32.

O denunciado foi preso e autuado em flagrante delito, uma vez que não tinha o competente porte e registro da arma que conduzia, restringindo-se a alegar que mantinha sob sua guarda a referida arma, para defesa pessoal.

Proferida a sentença foi o recorrente condenado à pena de seis (06) anos de reclusão, no regime inicial fechado e ao pagamento de quinze (15) dias-multa, sendo o dia multa arbitrado no mínimo legal.

Registre-se, de início, não pairar dúvida quanto à materialidade do crime imputado ao apelante, que restou demonstrada nos autos pelos seguintes documentos: Auto de Prisão em Flagrante (fls. 6/7); Nota de Culpa (fls. 18); Auto de Apresentação e Apreensão (fls. 19); Certidão da Arma de Fogo (fls. 35); Laudo de Exame de Corpo de Delito (fls. 44/45); e pela prova oral colhida. A autoria restou igualmente provada nos autos.

No Termo de Interrogatório de fls. 64/65, o recorrente confessou a posse da arma, declarando o seguinte:

> "(...) Que já foi preso anteriormente por assalto e fugiu do 10º Distrito Policial. (...)Que é verdadeira a acusação que lhe está sendo feita na

> denúncia, pois realmente foi preso em via pública por estar portando uma pistola 765, municiada com cartuchos 32 (...)"

A primeira testemunha ouvida em juízo, o policial militar Daniel Pio da Silva, condutor do flagrante, declarou *in verbis*:

> "(...) Que avistaram o acusado aqui presente com as mesmas características repassadas pelo CIOPS, procedendo a abordagem do mesmo. Que da abordagem, o depoente e seus colegas de farda conseguiram encontrar em poder do acusado uma pistola 765, com numeração raspada e municiada com cinco projéteis intactos. Que o acusado foi identificado como sendo Davi Lameu de Sousa Neto e não reagiu a prisão, sendo conduzido para a Delegacia do 1º DP (...) (fls. 61).

A prova testemunhal é harmônica e aponta, de forma segura e coesa, o recorrente como autor do delito em apuração.

Ressalte-se que os depoimentos de testemunhas policiais, quando em consonância com as demais provas colhidas nos autos merecem credibilidade, mormente se oportunizado o contraditório, como *in casu*. No mesmo sentido foi o depoimento da testemunha Francion Freitas Ferreira, policial militar (fls. 62/63), demonstrando a harmonia das provas produzidas.

Irresignado o recorrente, através de defensor público, apelou contra o *decisum*. Pleiteou a absolvição, ao argumento de insuficiência probatória, destacando a ausência de exame pericial e aplicação do principio do *in dubio pro reo.*

O desmuniciamento da arma não exime a caracterização do delito, irrelevante a comprovação desta estar ou não municiada, vez que a ausência dos projéteis, não descarta a responsabilidade do recorrente. O porte de arma de fogo é crime de perigo abstrato e de mera conduta, bastando que o agente porte a arma, pouco importando o resultado.

Após análise minuciosa dos autos, verifica-se que ficou comprovado que o acusado realmente portava consigo arma de fogo, municiada com cinco (05) cartuchos, sem autorização da autoridade competente. A conduta do mesmo se afigurou típica, logo impõe-se sua condenação pelo crime previsto no art. 14, caput, da Lei 10.826/2003.

Quanto ao argumento de que a arma não havia sido periciada, razão também não lhe socorre, pois portar arma de fogo é crime de perigo abstrato e de mera conduta, bastando a conduta ilícita, pouco importando o resultado. Tal questionamento não merece prosperar, posto que inexistem razões jurídicas que fundamentem a a absolvição pretendida.

O regime fechado imposto na decisão de primeiro grau não merece retoque, vez que o apelante praticou um delito que gera absoluta intranquilidade à população, merecendo resposta penal mais grave. Observa-se ainda, que o recorrente possui em seu desfavor ficha criminal maculada, com mais de um processo tramitando com a mesma tipificação e ainda uma sentença condenatória transitada em julgado pelo cometimento

de outro delito, conforme dados da Certidão de Antecedentes Criminais (fls. 68/69).

Nesse ponto, se faz oportuna a transcrição de ementas de acórdãos sobre o tema:

> **EMENTA**: PENAL E PROCESSO PENAL. APELAÇÃO. PORTE ILEGAL DE ARMA DE FOGO DE USO RESTRITO. ABSOLVIÇÃO. INVIÁVEL. AUTORIA E MATERIALIDADE PROVADAS. RECURSO NÃO PROVIDO.
> 1. A absolvição mostra-se inviável quando o conjunto probatório carreado aos autos demonstra, inequivocadamente, a prática de crime de porte ilegal de arma de fogo de uso restrito.
> 2. Os depoimentos de testemunhas policiais, quando em consonância com as demais provas colhidas nos autos merecem credibilidade, mormente se oportunizado o contraditório, como *in casu.*
> 3. Recurso não provido.
> (20100510102972APR, Relator JOÃO TIMOTEO DE OLIVEIRA, 2ª Turma Criminal, julgado em 31/03/2011, DJ 11/04/2011 p. 161).
>
> **EMENTA**: APELAÇÃO CRIMINAL - PORTE ILEGAL DE ARMA - AUTORIA INCONTESTE - ATIPICIDADE DE CONDUTA - ARMA DESMUNICIADA - IMPOSSIBILIDADE - CRIME FORMAL - ERRO DE PROIBIÇÃO - INOCORRÊNCIA - DELITO CARACTERIZADO - RECURSO NÃO PROVIDO.
> I - A circunstância de estar a arma desmuniciada não exclui a tipicidade do delito de porte ilegal de arma de fogo, previsto no art. 14 da Lei n. 10.826/03, pois entende-se como suficiente para a sua configuração tão somente o porte de armamento sem a devida autorização legal ou regulamentar. Tem-se, a propósito, que o fato de estar desmuniciado o revólver não o desqualifica como arma, tendo em vista que a ofensividade de uma arma de fogo não está apenas na sua capacidade de disparar projéteis, causando ferimentos graves ou morte, mas também, na grande maioria dos casos, no seu potencial de intimidação. II - Se o réu não comprova que portava arma de fogo por desconhecimento da ilicitude de sua conduta, não se verifica a hipótese de erro de proibição, não havendo falar em exclusão da culpabilidade por esse motivo. III - Recurso não provido.
> (Apelação Criminal N° 1.0024.05.818704-8/001 – Comarca de Belo Horizonte - Apelante: Agnaldo Silva Mota - Apelado: Ministério Público do Estado de Minas Gerais- Relator: Des. Eduardo Brum, Julgado em 25/08/2010, Publicado em 21/09/2010).

Impera a manutenção da condenação do apelante, nos exatos termos em que foi denunciado e sentenciado, no mais, tem-se que a sanção imposta, correta e bem fundamentada, não merece reparo ou alteração.

Posto isso, em consonância com o parecer da douta Procuradoria Geral de Justiça, emite-se o voto no sentido de negar provimento ao apelo interposto, confirmando a sentença combatida em sua integralidade.

É o voto.

Fortaleza, 3 de outubro de 2011.

Nº 2007.0006.1021-4/0 APELAÇÃO CRIME
COMARCA: FORTALEZA
APELANTE: PAULO EVERARDO DIAS DA SILVA
APELADA: A JUSTIÇA PÚBLICA
RELATOR: DES. EYMARD DE AMOREIRA

EMENTA: PENAL – PROCESSUAL PENAL – APELAÇÃO CRIME – LATROCÍNIO – ARGÜIÇÃO DE NULIDADE – INOBSERVÂNCIA DOS ARTS. 59 E 68 DO CP – INEXISTÊNCIA – AUSÊNCIA DE PROVAS – NÃO DEMONSTRADO – RECURSO IMPROVIDO.

1. Da Preliminar - Inicialmente, aduz o apelante em seu favor, que o decreto condenatório ora apelado merece ser anulado, posto que, o magistrado a quo, ao aplicar sua pena, deixou de observar corretamente o previsto nos arts. 59 e 68 do Código Penal, quanto a fundamentação e individualização da pena.

2. Ocorre que, o magistrado monocrático reporta-se com maestria, para fixação da pena, aos fatores insertos no caso, tais como, a péssima conduta social do agente, seus maus antecedentes, sua personalidade nociva à sociedade, sendo, repudiáveis, o motivo e a circunstância do crime, pelo que, ficou justificada a bem aplicação da pena- base em *quantum* superior ao mínimo legal. Nesse sentido, deixo de acolher a preliminar argüida pelo apelante, em face da inexistência de motivos justificadores para tanto.

3. Do Mérito - Persegue o presente apelo ter desconstituída a sentença condenatória, sob alegativa de que são insuficientes as provas colhidas. No entanto, conforme apurado pelos depoimentos testemunhais e demais provas dos autos, a autoria e a materialidade do crime estão sobejamente expostas nos autos, não havendo como o apelante refutar sua responsabilidade pelo crime de latrocínio.

4. Por se tratar de matéria de ordem pública, hei por bem rever o regime de cumprimento da pena imposto ao apelante, qual seja, integralmente fechado, para conceder habeas corpus *ex offício*, a fim de que o apelante possa progredir no regime prisional, após o cumprimento de mínimo 1/6 (um sexto) da pena, posto se tratar de fato ocorrido anterior a vigência da nova Lei 11.464/07.

5. Apelo improvido. HC *ex officio*.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de apelação crime, nº 2007.0006.1021-4/0, de Fortaleza, em que é apelante Paulo Everardo Dias da Silva e apelada a Justiça Pública.

Acorda a Turma, por unanimidade de votos, em conhecer do apelo, para lhe negar provimento, e conceder habeas corpus ex officio para permitir ao apelante a progressão do regime prisional, nos termos do voto do Relator.

Paulo Everardo Dias da Silva**,** qualificado nos autos, interpôs o presente apelo contra a decisão do juiz da 6ª Vara Criminal de Fortaleza, que o incidiu nas penas do art. 157, § 3º parte final do Código Penal c/c art. 1º, II da Lei 8.072/90, condenando-o a *28 (vinte e oito) anos de reclusão em regime integralmente fechado, e multa* (fls. 79/88), isso porque, o apelado, no dia 04 de junho de 2006, por volta das 00:30h, na Rua Cesário Langes nº 553, Messejana, na companhia de terceira pessoa não identificada, mediante grave ameaça, tomou de assalto uma bicicleta Caloi da vítima *Raimundo Deusdete dos Santos*, e para garantir a posse do bem roubado, usando de um revólver, feriu a integridade física deste, que veio a falecer momentos depois do episódio.

Aduz preliminarmente, em seu apelo, às fls.91/94, a nulidade da sentença por não terem sido observados os arts. 59 e 68 do Código Penal, e, caso vencida a preliminar, seja reformada a sentença pela insuficiência de provas.

Contra-razões da parte ex-adversa*,* requerendo o improvimento do apelo (fls.96/101).

Nesta Instância Superior, os autos foram com vista à douta Procuradoria Geral de Justiça que, com parecer de fls.112/116, opinou pelo improvimento ao apelo.

É o relatório.

VOTO

Da Preliminar

Inicialmente, aduz o apelante em seu favor, que o decreto condenatório ora apelado merece ser anulado, posto que, o magistrado ***a quo***, ao aplicar a pena, deixou de observar corretamente o previsto nos arts. 59 e 68 do Código Penal, quanto a fundamentação e individualização da pena.

Ocorre que, basta uma simples análise dos autos para se verificar que, a preliminar argüida não passa de expediente inócuo da defesa, sem qualquer motivação real, senão vejamos.

Às fls.87 dos autos, o magistrado monocrático reporta-se com maestria, para fixação da pena, aos fatores insertos no caso, tais como, a péssima conduta social

do agente, seus maus antecedentes, sua personalidade nociva à sociedade, sendo, repudiáveis, o motivo e a circunstância do crime, pelo que, ficou justificada a bem aplicação da pena-base em *quantum* superior ao mínimo legal.

Observe-se que, como bem pontuou o representante ministerial: *"Se a fixação da pena-base acima do mínimo legal atende aos parâmetros do art. 59 do CP, é de se manter a reprimenda imposta ao réu (TJMG – Ap – Rel. Herculano Rodrigues – DJ 26.08.99 – JM 150/308)"*.

Ademais, conforme se percebe, da dosimetria ministrada pelo juiz da 6ª Vara Criminal de Fortaleza no decreto condenatório em pauta, coube ao apelante suportar as conseqüências decorrentes da circunstância agravante de sua reincidência, não havendo, portanto, desproporção ou falta de justificação para a pena imputada.

Nesse sentido, deixo de acolher a preliminar argüida pelo apelante, em face da inexistência de motivos justificadores para tanto.

Do Mérito

Persegue o presente apelo ser desconstituída a sentença condenatória que impôs a Paulo Everardo Dias da Silva, a pena de 28 (vinte e oito) anos de reclusão e multa, pelo crime de latrocínio, praticado em desfavor da vítima Raimundo Deusdete dos Santos.

No fatídico dia para a vítima, o apelante de arma em punho, com ajuda de terceira pessoa não identificada, tomou de assalto a bicicleta de Raimundo Deusdete, que se encontrava no bar de propriedade do Sr. Ronaldo Paiva da Silva. A vítima, indignada, correu atrás do apelante a fim de recuperar sua bicicleta, mas este, como forma de assegurar seu crime, efetuou dois disparos, atingindo a vítima com um deles.

Preso em flagrante, e apresentado à autoridade policial, confirmou às fls. 13 que *"conheceu seu parceiro na churrascaria Tremendão e juntos resolveram praticar um assalto*". No entanto, ouvido em juízo, o mesmo apresentou uma versão totalmente diversa, contraditória e sem o mínimo de razoabilidade para justificar seu ato criminoso, sendo, todavia, infirmado pelas testemunhas presenciais do fato. Senão vejamos:

> **Depoimento Testemunha Ronaldo Paiva da Silva, às Fls. 57**, ***verbis:*** "viu quando o denunciado Paulo Everardo Dias da Silva, aqui reconhecido através da janela de identificação desta sala de audiência, aproximou-se da calçada, conduzindo uma bicicleta, em cujo varão já estava um segundo elemento, que Paulo Everardo exibia em uma das mãos um revólver e fez sinal a seu comparsa para que pegasse a bicicleta da vítima...que poucos metros após o bar, Paulo Everardo efetuou o primeiro disparo contra Raimundo Deusdete, não o atingindo; que próximo a esquina, Raimundo Deusdete conseguiu agarrar o acusado, oportunidade em que um segundo disparo foi efetuado, vindo a atingir Raimundo Deusdete no peito direito; que o depoente e seu primo de nome Alexandre conseguiram dominar o acusado, ocasião em que este efetuou mais um disparo, não vindo atingir

> ninguém; que o segundo elemento evadiu-se com a bicicleta da vítima; que populares acionaram a polícia e o acusado foi preso e encaminhado ao 30º DP... ”
>
> **Depoimento Testemunha Antônio Cândido da Silva Filho, às Fls. 58**, ***verbis:*** “o depoente viu quando o acusado apontando uma arma, anunciou o assalto e determinou a seu comparsa que levasse a bicicleta da vítima... que quando o acusado tentou evadir-se, foi perseguido pela vítima; que o acusado Paulo Everardo efetuou dois disparos, um deles atingindo a vítima no momento em que esta agarrava o mesmo; que após o delito, populares dominaram o acusado e providenciaram o socorro da vítima, vindo esta a falecer...”

Portanto, conforme apurado pelos depoimentos testemunhais e demais provas dos autos, a autoria e a materialidade do crime estão sobejamente expostas nos autos, não havendo como o apelante refutar sua responsabilidade pelo crime de latrocínio, em que foi vítima Raimundo Deusdete.

No entanto, por se tratar de matéria de ordem pública, hei por bem rever o regime de cumprimento de pena imposto ao apelante, qual seja, *integralmente fechado,* à luz da vigência imediata da novel Lei nº 11.464, de 29 de março de 2007, que deu nova redação ao § 1º, do art. 2º da Lei nº 8.072/90, este, anteriormente declarado inconstitucional, pois previa o cumprimento de pena em regime *integralmente fechado,* para os crimes hediondos e equiparados.

Cumpre observar que a discussão acerca da constitucionalidade da norma que proibia a progressão de regime, para os crimes hediondos, chegou ao Supremo Tribunal Federal, pelo julgamento do HC 82.959/90, quando ficou consignada a inconstitucionalidade do § 1º do art. 2º da Lei nº 8.072/90, nos seguintes termos:

> “DECISÃO: O Tribunal, por maioria, deferiu o pedido de habeas corpus e declarou, “incidenter tantum”, a inconstitucionalidade do § 1º do artigo 2º da Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990, nos termos do voto do relator, vencidos os Senhores Ministros Carlos Velloso, Joaquim Barbosa, Ellen Gracie, Celso de Mello e Presidente (Ministro Nelson Jobim). O Tribunal, por votação unânime, explicitou que a declaração incidental de inconstitucionalidade do preceito legal em questão não gerará conseqüências jurídicas com relação às penas já extintas nesta data, pois esta decisão plenária envolve, unicamente, o afastamento do óbice representado pela norma ora declarada inconstitucional, sem prejuízo da apreciação, caso a caso, pelo magistrado competente, dos demais requisitos pertinentes ao reconhecimento da possibilidade de progressão. Votou o Presidente. Plenário, 23.02.2006”.

Empós a esse julgamento, e, a partir de 29 de março de 2007, por força da Lei nº 11.464, que atribuiu nova redação ao § 1º, do art. 2º da Lei de Crimes Hediondos, os condenados por esses crimes passaram a ter a possibilidade de progredirem no regime penitenciário. Observe-se, porém, que essa mesma lei estabeleceu, para efeitos

de progressão, o cumprimento de 2/5 (dois quintos), se o condenado for primário, e 3/5 (três quintos) se reincidente, medida de caráter, indubitavelmente, rígido.

Para a hipótese em análise, considerando que a sentença guerreada foi proferida em data anterior à Lei 11.464/07, que prevê padrões de progressão mais rígidos, e ainda, por dizer respeito a direito material penal e de execução penal, há de se aplicar o princípio da retroatividade mais benéfica, para permitir ao apelado a progressão de regime, nos termos da Lei de Execuções Penais, ou seja, após o cumprimento de 1/6 (um sexto) da pena.

Ademais, como é sabido de todos, a concessão da meia-liberdade **não é imutável** (art.118 da LEP), nessa observação, temos que, se de um lado é imprescindível dotar a pena privativa da liberdade de progressão, que viabiliza ao condenado vislumbrar a possibilidade futura de vida livre, por outro, não se deve enfraquecer a repressão social. Em caso de não se adaptar o condenado ao regime semi-aberto ou aberto, demonstrando a inexistência da sua reintegração social, fica o condenado também sujeito à regressão.

Nestas condições, conheço do recurso interposto, para lhe negar provimento, mas concedo ***habeas corpus ex officio***, para conceber ao apelante a possibilidade de progressão do regime de pena, após o cumprimento de mínimo 1/6 (um sexto), desde que, preenchidos os demais requisitos do art. 112 da Lei de Execução Penal, a serem analisados pelo Juízo das Execuções Criminais no momento da concessão do deslizamento para a meia liberdade, posto se tratar de fato ocorrido anterior a vigência da nova Lei 11.464/07.

É como voto.

Fortaleza, 15 de abril de 2008.

PROCESSO Nº: 1114-06.2004.8.06.0029/1
APELAÇÃO CRIMINAL – 1ª VARA DA COMARCA DE ACOPIARA
APELANTE: ANTONIO PEREIRA LEITE NETO
APELADA: JUSTIÇA PÚBLICA
RELATOR: DESEMBARGADOR PAULO CAMELO TIMBÓ

EMENTA: PROCESSUAL PENAL. APELAÇÃO CRIMINAL. TRIBUNAL DO JÚRI. ANULAÇÃO DO JULGAMENTO. DECISÃO MANIFESTAMENTE CONTRÁRIA À PROVA DOS AUTOS. INOCORRÊNCIA. VERSÃO ACOLHIDA PELOS JURADOS DEVIDAMENTE COMPROVADA NOS AUTOS. SENTENÇA MANTIDA. RECURSO IMPROVIDO.

1. Em decorrência do princípio da soberania dos vereditos, a anulação do julgamento do Conselho de Sentença, sob a alegativa de manifesta contrariedade à prova dos autos, somente é possível quando estiver completamente divorciada dos elementos de convicção constantes dos autos, ou seja, quando proferida em contrariedade a tudo que consta dos fólios, o que não ocorre na espécie.
2. Os jurados podem acolher uma das teses apresentadas, em detrimento de outras, por lhes parecer a que melhor amparo encontra na prova coligida, o que, por si só, não enseja a anulação do julgamento por contrariedade à prova dos autos.
3. Na hipótese, a tese acatada pelos jurados encontra forte amparo nas provas colacionadas aos autos, não havendo que se falar em decisão contrária à prova dos autos.
4. Recurso conhecido e improvido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de Apelação Criminal, ACORDAM os desembargadores da 2ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Ceará, à unanimidade e em consonância com o parecer ministerial, em NEGAR PROVIMENTO ao recurso interposto, nos termos do voto do Relator.

Fortaleza, CE, 20 de junho de 2011.

RELATÓRIO

Trata-se de Apelação Criminal, interposta por Antônio Pereira Leite Neto com arrimo no art. 593, III, "d", do Código de Processo Penal, contra a sentença que

o condenou nas tenazes do art. 121, § 2º, I e IV, do Código Penal, e art. 1º, I, da Lei 8.072/90, alegando contrariedade da decisão à prova dos autos, requerendo assim a anulação do julgamento.

O feito tramitou regularmente, tendo o réu sido submetido a julgamento pelo Tribunal do Júri, o qual entendeu por sua condenação por homicídio qualificado (art. 121, § 2º, I e IV, do Código Penal) condenando-o a uma pena de 16 (dezesseis) anos e 06 (seis) meses de reclusão, em regime inicialmente fechado.

Aduz o apelante (fls. 310/311 e 333/339) que não existem nos autos quaisquer provas a amparar a decisão dos jurados, aduzindo a tese de legítima defesa.

Recebido e contrariado o recurso, o Ministério Público pugnou pelo improvimento do apelo (fls. 341/347).

Nesta Superior Instância, a Procuradoria Geral de Justiça manifestou-se pelo improvimento da apelação (fls. 371/377).

É o relatório.

VOTO

Conheço do recurso, posto que presentes os requisitos de sua admissibilidade.

Como relatado, trata-se de Apelação Criminal, interposta por Antônio Pereira Leite Neto com arrimo no art. 593, III, "d", do Código de Processo Penal, contra a sentença que o condenou nas tenazes do art. 121, § 2º, I e IV, do Código Penal, e art. 1º, I, da Lei 8.072/90, alegando contrariedade da decisão à prova dos autos, requerendo assim a anulação do julgamento.

O feito tramitou regularmente, tendo o réu sido submetido a julgamento pelo Tribunal do Júri, o qual entendeu por sua condenação por homicídio qualificado (art. 121, § 2º, I e IV, do Código Penal) condenando-o a uma pena de 16 (dezesseis) anos e 06 (seis) meses de reclusão, em regime inicialmente fechado.

Aduz o apelante (fls. 310/311 e 333/339) que não existem nos autos quaisquer provas a amparar a decisão dos jurados, aduzindo a tese de legítima defesa.

A presente apelação ampara-se no art. 593, III, "d", do Código de Processo Penal, que trata da anulação do julgamento do Tribunal do Júri, por manifesta contrariedade à prova dos autos. Nesse sentido, cabe-nos tão somente determinar se o julgamento encontra algum amparo na prova coligida aos autos, ou se realmente está completamente divorciado dos elementos probatórios carreados, ressaltando que somente neste último caso é possível sua anulação, em virtude do princípio da soberania dos vereditos, consagrado na Constituição Federal de 1988, em seu artigo 5º, inciso XXXVIII, alínea "c", *in verbis*: "*é reconhecida a instituição do júri, com a organização que lhe der a lei, assegurados: (...) c) a soberania dos veredictos*".

Portanto, somente é passível de anulação a decisão dos jurados quando arbitrária, completamente em desacordo com as provas dos autos, não se incluindo aqui a decisão que, analisando os elementos probatórios, optar por uma das teses apresentadas.

Nesse sentido é a jurisprudência desta Corte:

> **Ementa:** APELAÇÃO CRIMINAL. TRIBUNAL DO JÚRI. ANULAÇÃO DO JULGAMENTO POR CONTRARIEDADE À PROVA DOS AUTOS. INOCORRÊNCIA. DECISÃO MANTIDA. I - Em obediência ao princípio constitucional da soberania dos vereditos, previsto no art. 5º, inciso XXXVIII, alínea ”c” da Constituição Federal, somente se anula o julgamento do Tribunal do Júri quando sua decisão for manifestamente contrária à prova dos autos, ou seja, quando não tiver apoio em qualquer elemento de convicção constante dos fólios, sendo proferida ao arrepio de tudo quanto mostra o caderno processual, o que, seguramente, inocorre na espécie. II - Apelo improvido. (Apelação nº 6756200780601371, **Relator Des.** FRANCISCO HAROLDO R. DE ALBUQUERQUE, 1ª Câmara Criminal, julgado em 04/05/2010)

> **Ementa:** RECURSO APELATÓRIO. HOMICÍDIO QUALIFICADO. TRIBUNAL DO JÚRI. RÉU CONDENADO A 15 (QUINZE) ANOS E 06 (SEIS) MESES DE RECLUSÃO. TESE DE LEGÍTIMA DEFESA PRÓPRIA NÃO ACOLHIDA. DECISÃO QUE ENCONTRA APOIO NA PROVA DOS AUTOS. NENHUMA RAZÃO PARA SE ANULAR O JULGAMENTO. SOBERANIA DO CONSELHO DOS SETE PARA OPTAR PELA VERSÃO QUE LHE PARECER MAIS VEROSSÍMIL. 1.As decisões dos jurados, em face do princípio constitucional de sua soberania, somente serão anuladas quando inteiramente contrárias à prova dos autos (Súmula nº 6 do TJ-CE). 2.Recurso conhecido e improvido. (Apelação nº 435649200380601122, **Relator Des.** HAROLDO CORREIA DE OLIVEIRA MAXIMO, 1ª Câmara Criminal, julgado em 05/05/2010).

Analisando-se, acuradamente, os autos, constata-se que a versão acolhida pelos jurados apresenta-se verossimilhante, possível, com vasto apoio no acervo probatório. É o que se depreende dos depoimentos colhidos durante a instrução criminal.

O próprio réu, em seu interrogatório às fls. 37, afirma:

> (…) que passou num restaurante viu numa mesa uma faca pequena de serra, pegou a faca, voltou ao local aí partiu para cima do Alexandro e desferiu um golpe que atingiu o pescoço do Alexandro; (…) que o Alexandro anteriormente já tinha desferido 14 facadas contra ele (…)

Portanto, da análise do próprio depoimento do réu, depreende-se não ser plausível a tese da legítima defesa, vez que ele é categórico ao afirmar que deslocou-se até um restaurante, pegou uma faca, para só então voltar ao local onde se encontrava a vítima e, como ele mesmo disse, “partir para cima” desta e aplicar-lhe o golpe fatal.

Ademais, também afirmou o réu que a vítima havia lhe agredido com 14 facadas em oportunidade anterior, o que sustenta a hipótese de vingança por parte do réu.

A autoria é confessada, e a materialidade está comprovada através do auto de exame de corpo de delito de fls. 10.

Não fosse o suficiente, as demais provas testemunhais também oferecem seguro amparo à decisão dos jurados. Vejamos:

> Declarações de Maria Lúcia da Silva Batista, às fls. 63/64 - (…) **que seu filho Alex ainda deu umas furadas no Leontino** [epíteto do réu Antônio Pereira Leite], mas não foi nada grave; **Que naquele momento o Leontino jurou de morte seu filho Alex;** Que no dia dessa briga soube através de seu próprio filho que chegaram uns amigos de Leontino e disse 'Pegue a faca e mate o Alex', Leontino só não fez porque estava muito em fraco em razão das perfurações sofridas (…) Grifei.
>
> Depoimento da testemunha Josier Rodrigues de Oliveira, fls. 17 - (…) Que assim que terminou a festa, foi para casa e subindo a rua que dá acesso ao Banco do Brasil, junto com uns colegas; Que detrás do Banco, viu Alex, sozinho, caído ao chão, debruçado, gemendo; Que se aproximou e quando o reconheceu, falou a Alex que iria buscar ajuda, atrás de um carro, foi quando Alez falou: 'NÃO VÁ NÃO, QUE EU NÃO AGUENTO MAIS NÃO, ESTOU MORRENDO',(...) Que ouviu populares falando que Alex tinha sido furado no Pólo e saiu andando ferido, pedindo ajuda; Que escutou comentários que o autor do crime tinha sido Leontino, por vingança, uma vez que esta já tinha sido furado por Alex (…).

Assim, as provas dos autos comportam a tese acolhida, qual seja, a de homicídio qualificado, ressaltando que os depoimentos colacionados comprovam a autoria delitiva e a presença das circunstâncias qualificadoras reconhecidas pelos jurados.

Destaque-se, ainda, que cabe a escolha entre as teses possíveis exclusivamente ao Conselho de Sentença, constitucionalmente designado para julgar os crimes dolosos contra a vida.

Destarte, não se pode afirmar que a tese acolhida pelos jurados encontra-se completamente divorciada dos elementos de convicção. Na verdade, a tese encontra-se devidamente amparada na prova dos autos, como acima demonstrado. Se essa versão é a mais verossímil, a mais acertada, sequer cabe a esta Corte analisar, em virtude da soberania dos vereditos, cabendo, apenas, perscrutar se existe algum elemento de prova capaz de amparar a tese acolhida pelo Conselho de Sentença.

Assim sendo, entendo não ser possível a anulação do julgamento do Tribunal do Júri, posto que não houve arbitrariedade em sua decisão, devendo ser a mesma mantida intacta.

Assim leciona Guilherme de Souza Nucci[1]:

> O ideal é anular o julgamento, em juízo rescisório, determinando a realização de outro, quando efetivamente o Conselho de Sentença equivocou-se, adotando tese integralmente incompatível com as provas dos

1 NUCCI, Guilherme de Souza. **Código de Processo Penal Comentado**. 9. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

> autos. Não cabe anulação, quando os jurados optam por uma das correntes de interpretação da prova passíveis de surgir.

No mesmo sentido, o entendimento da 2ª Câmara Criminal desta Corte de Justiça:

> **Ementa:** TRIBUNAL DO JURI - SOBERANIA DOS VEREDICTOS - ACOLHIMENTO DE UMAS DAS VERSÕES CONSTANTES NO CONJUNTO PROBATÓRIO - AUSÊNCIA DE JULGAMENTO CONTRÁRIO À PROVA DOS AUTOS - DECISÃO MANTIDA. I- É pacífico na doutrina e na jurisprudência, que, existindo duas teses com respaldo na prova produzida, o acolhimento de uma delas por parte do Conselho de Sentença não faz, a decisão, ser considerada como "manifestamente contrária à prova dos autos", para anular o veredito; II - Apelo improvido. (Apelação nº 93651200080601411, Relator Des. Francisco Gurgel Holanda, 2ª Câmara Criminal, julgado em 29.01.2010.

Ademais, tal entendimento foi sumulado neste Tribunal, através da Súmula nº 6/TJCE, que diz: "*As decisões dos jurados, em face do princípio constitucional de sua soberania, somente serão anuladas quando inteiramente contrárias à prova dos autos*".

É dizer que, somente aquela decisão completamente arbitrária, e contrária à tudo o que consta dos autos, é passível de anulação. A simples opção dos jurados por uma das teses, ainda que não pareça a escolha mais acertada, não permite que a competência para julgar os crimes dolosos contra a vida seja usurpada pelas autoridades judiciais, as quais não receberam tal competência constitucionalmente. Portanto, a soberania dos vereditos deve prevalecer, sendo mitigada exclusivamente em casos excepcionais, como nas decisões arbitrárias e sem nenhum amparo probatório, o que não ocorre no caso em tela.

Assim, existindo amparo probatório para a tese acatada pelos jurados, resta claro que a decisão não foi arbitrária ou manifestamente contrária à prova dos autos, afastando a hipótese de anulação do julgamento.

EM FACE DO EXPOSTO,

Conheço do apelo, para **negar-lhe provimento,** em consonância com o parecer ministerial, mantendo 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 OFICIO* 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 espermatozóide, 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 espermatozóides.

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 indentificaram, 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.

Nº 29464-91.2004.8.06.0000/0
APELAÇÃO CRIME (de Fortaleza)
APELANTE: FRANCISCO DAS CHAGAS MATOS SALES
APELADA: JUSTIÇA PÚBLICA
RELATOR: DES. LUIZ GERARDO DE PONTES BRÍGIDO

-Apelação crime.
-Desvendando-se a autoria do crime sexual pelas declarações da vítima e de uma testemunha, definida, por decorrência, a culpa do apelante, que negou a tentativa de estupro apesar das salientes evidências de que ele, réu, foi o responsável pela prática delitiva, confirma-se o decreto condenatório, pontualmente sintonizado com a realidade e as evidências dos autos.
-Concretizada a pena, pelo crime de lesões corporais leves, em três meses e quinze dias de detenção, o prazo prescricional, ex vi do art. 109, VI, do CP, é de um ano. Se entre o recebimento da denúncia e a publicação da sentença condenatória fluiu sobredito lapso, decreta-se a extinção da punibilidade do agente, em relação ao sobredito delito, só e só, em face da ocorrência da prescrição retroativa.
-Unanimidade

Vistos, relatados e discutidos os autos acima identificados.

1 – O apelante, prenomeado, recebeu penas restritivas de liberdade (reclusão e detenção), por tentativa de estupro e lesões corporais, em continuidade delituosa, nas pessoas de Simone Alexandrino Franco, de 14 anos, e de seu namorado Marcelo de Lima Maciel. Irresignado, busca, neste apelo, a reforma da sentença e a absolvição, socolor de que não cometeu os crimes e de que inexistem, nos autos, provas suficientes para a condenação que lhe foi aplicada.

Respostado pela Promotoria, subiu o recurso, vendo-se que o parecer da PGJ é pela confirmação do decreto punitivo.

Relatório, em síntese.

2 – Na noite de 16 de abril de 1998, Simone Alexandrino Franco encontrava-se sentada no paredão localizado na Praia do Peixe, Bairro Pirambú, aguardando a chegada de Marcelo Lima Maciel, seu namorado, quando, repentinamente, surgiu o apelante e, sem conversa, segurou-a pelos cabelos e a arrastou para a escuridão da praia. Todavia, antes de praticar o delito sexual, o namorado da vítima apareceu e foi ameaçado pelo réu com uma faca. Entretanto, aproveitando-se de um momento de distração do apelante, o namorado da vítima engalfinhou-se com ele, na tentativa de desarmá-lo, tendo o réu batido em retirada, depois de lesionar o casal.

Materialidade atestada pelo laudo de exame de corpo de delito.

Ouvido no inquérito, "Chagas", como é conhecido o acusado, afirmou que queria apenas assaltar a adolescente. Na instrução, provavelmente instruído pela defesa, alegou, e singelamente, que era inocente.

A vítima, em juízo, esclareceu que o acusado afirmou para o namorado dela, momento antes de entrarem em luta corporal, que queria levar Simone Alexandrino para a praia e que ele não se metesse ou Simone seria morta, declarações que foram corroboradas por Marcelo de Lima Maciel e por outras testemunhas que socorreram o casal logo após o fato. Daí porque, **"presente o elemento subjetivo do tipo, iniciada a execução do mesmo com o emprego de força física (meio de obtenção do resultado proposto) e não ocorrendo o evento por circunstâncias alheias à vontade do agente, evidenciada está a tentativa. Dispensável que o sujeito percorra o iter criminis até quase a consumação"** (RJTJRS vol. 170, p. 136).

In casu, **"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).

Diante das circunstâncias do ilícito, palpáveis os traços do cometimento da tentativa de estupro e do delito de lesões corporais, não se desvenda, na vertência, possibilidade de erro judiciário. Ao contrário, demonstrada, e exaustivamente, a culpabilidade do recorrente, outra opção não se entrevê, salvo a de pontual confirmação da sentença condenatória. Entrementes, em relação ao crime de lesão corporal leve, a prescrição operou-se.

Com efeito, concretizada a pena em três meses e quinze dias de detenção, o prazo prescricional, ex vi do art. 109, VI, do CP, é de um ano. Ora, do recebimento da denúncia (06/10/1999) à publicação da sentença condenatória (17/03/2002), firme para a acusação, fluiu sobredito lapso, pelo que se acha prescrita a pretensão punitiva.

Por tais considerações, admite-se a presente apelação para reconhecer a ocorrência da prescrição retroativa a favor do apelante, em relação ao delito de lesão corporal leve, declarando-se extinta a punibilidade, o que se faz com fundamento nos art.s. 107, IV e 109, VI, ambos do CP, mantida, por outro lado, a condenação no tocante ao crime sexual.

3 – Nestas condições, **ACORDA** a **1ª CÂMARA CRIMINAL DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO CEARÁ,** à unanimidade, em negar provimento ao recurso, para manter a decisão recorrida, ao tempo em que declara extinta a punibilidade do agente, ante a ocorrência da prescrição em relação ao crime de lesão corporal leve, nos termos do voto do Relator.

Fortaleza, CE, 26 de fevereiro de 2008.

Habeas Corpus

PROCESSO N.°: 009341-28.2011.8.06.0000
HABEAS CORPUS: COMARCA DE FORTALEZA
IMPETRANTE: MARTA MARIA GADELHA MONTEIRO
IMPETRADO: JUIZ DE DIREITO DA VARA DE EXECUÇÕES PENAIS
PACIENTE: ROSEMARY ANTERO
RELATOR: DES. HAROLDO CORREIA DE OLIVEIRA MÁXIMO

EMENTA:
HABEAS CORPUS. EXECUÇÃO PENAL. ALEGAÇÃO DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. PROGRESSÃO AO REGIME SEMIABERTO. CUMPRIMENTO DA REPRIMENDA EM CONDIÇÕES INADEQUADAS. CONSTRANGIMENTO EVIDENACIADO. PARECER DO MINISTÉRIO PÚBLICO PELA CONCESSÃO DO *WRIT*. ORDEM CONCEDIDA.
1 – A teor do entendimento das Cortes Superiores, tem-se admitido a concessão de prisão domiciliar ou albergue aos condenados que foram promovidos a regime intermediário - semiaberto, e não encontram vagas em estabelecimento adequado às condições próprias do regime. Precedentes do STJ e desta Corte de Justiça.
2 – Ordem concedida a fim de assegurar à paciente o cumprimento da pena em regime semiaberto, ou, não sendo possível, seja, de imediato transferida para o regime aberto, admitida a prisão domiciliar, no caso de inexistência de casa de albergado, até o surgimento de vaga em estabelecimento adequado.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos, acordam os Desembargadores integrantes da 2ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, à unanimidade, em **CONCEDER** a ordem, tudo de conformidade com o voto do Relator.

RELATÓRIO

Cuida-se de *habeas corpus*, com pedido de liminar, impetrado pela Defensora Pública Marta Maria Gadelha Monteiro em favor de ROSEMARY ANTERO**,** figurando como autoridade coatora o Juiz de Direito da 1ª da Vara de Execução Penal e Corregedoria de Presídios da Comarca de Fortaleza.

Consta dos autos que a paciente cumpre pena de 22 anos, 04 meses e 20 dias de reclusão. Alcançado o lapso temporal exigido pela legislação, foi ela agraciada com a progressão ao regime semiaberto.

Alega-se na impetração haver constrangimento ilegal pois a paciente vem

sendo mantida em estabelecimento prisional inadequado ao cumprimento da pena em regime semiaberto, diante da inexistência de vaga em unidade penal adequada.

A paciente ingressou com pedido de prisão domiciliar que restou indeferido pela autoridade impetrada.

Daí o presente *writ* onde se requer a concessão da ordem a fim de que seja concedida a benesse legal.

A liminar foi indeferida, conforme decisão acostada às fls. 23.

Informações prestadas pela autoridade impetrada às fls. 26/27.

Parecer da Procuradoria Geral de Justiça, às fls. 28/34, manifestando-se pela concessão da ordem.

É o relatório.

VOTO

Conforme relatado, o presente *habeas corpus* fora impetrado para combater suposto constrangimento ilegal sofrido pela paciente, sob o argumento de que vem cumprindo sua reprimenda em local inapropriado às condições próprias do regime prisional a que está submetida – semiaberto, diante da inexistência de vaga em estabelecimento penal adequado.

Postula-se, assim, em suma, a concessão da prisão domiciliar em favor da paciente.

A decisão hostilizada se deu nos seguintes termos (fls. 15):

> "(...).
> De acordo com o art. 117 da lei de Execução Penal, somente se admite o recolhimento em prisão particular para os condenados em regime aberto, o que não é o caso da requerente, a qual se encontra cumprindo pena em ala devidamente separada das apenadas em regime fechado.
> (…)"

Ora, ao que se vê dos autos, a apenada foi beneficiada com progressão para regime mais brando (semiaberto), permanecendo, contudo, na mesma unidade prisional – Instituto Penal Feminino Desa. Auri Moura Costa - onde vem cumprindo sua pena em condições idênticas às do regime fechado, em razão da falta de estabelecimento adequado.

A informação constante do ofício oriundo da unidade carcerária explicita, de maneira bem clara, a atual condição em que se dá o cumprimento da pena imposta à paciente, *litteris*:

> "(...).
> b) A direção do IPFDAMC vem informar que nesta unidade prisional encontram-se atualmente 39 detentas beneficiadas como o regime semi-aberto. (Relação em anexo). Informo ainda que as beneficiadas acimas

> encontram-se na ala "C", porém, na unidade prisional , contrariando a Lei de Execução Penal como prevê o Art. 91.
> c) A Ala "C" destinada a detentas do semi-aberto possui 30 celas onde cada cela abriga 02 detentas, ocorre que aos finais de semana, detentas do trabalho externo continuam tendo que se recolher aos finais de semana e assim ocupando vagas que poderiam ser destinadas a novas detentas.
> d) Informo que na Ala "C" onde as detentas beneficiadas com o regime semi-aberto encontram-se não há nenhuma diferença das demais. Aliás, bem como as detentas que encontram-se julgadas no regime fechado poderão permanecer na referida Ala, por não haver nenhuma diferença, informo ainda que permanecem isoladas das demais detentas, privadas da liberdade, o que ocasiona em algumas detentas, privadas da liberdade, o que ocasiona em algumas detentas angústia, depressão, ansiedade e medo.
> d) A capacidade do IPFDAMC é de 374 detentas, com uma população carcerária acima do permitido e sendo a única penitenciária Feminina do Estado do Ceará, é inviável uma ala destinada ao regime semi-aberto onde poderia ser destinadas a novas detentas, como aponta o alto índice de criminalidade entre as mulheres.
> (…)" (fls. 16/17)

Percebe-se, assim, sem muito esforço, que a paciente vem cumprindo a pena em estabelecimento inadequado às condições do regime a que progrediu, nos termos da decisão da Vara de Execuções Penais, datada de 21 de outubro de 2011.

Com efeito, é papel do Estado a implementação de condições adequadas para que se façam cumprir as penas impostas aos condenados nos exatos termos da condenação, configurando constrangimento ilegal a imposição de maior gravame ao apenado, exclusivamente, em razão de ausência de vaga em estabelecimento carcerário apropriado.

A orientação consolidada das Cortes Superiores que a permanência do apenado em regime mais rigoroso importa em constrangimento ilegal que deve ser cessado.

Nesse sentido, confiram-se os seguintes julgados do STJ:

> HABEAS CORPUS. EXECUÇÃO PENAL. **PROGRESSÃO PARA O REGIME SEMIABERTO. AUSÊNCIA DE VAGA EM ESTABELECIMENTO ADEQUADO. REGIME ABERTO DOMICILIAR. NATUREZA EXCEPCIONAL**. POSSIBILIDADE.
> 1. **Consoante a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, inexistindo vaga em estabelecimento compatível com o regime semiaberto, é legítima a adoção do regime aberto domiciliar, pois o apenado não pode cumprir a pena em local mais severo que o determinado na decisão executória.**
> 2. Ordem concedida para permitir ao paciente, em caráter excepcional, que aguarde no regime aberto domiciliar o surgimento de vaga em estabelecimento adequado ao regime semiaberto.
> (HC 183.821/RS, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 01/12/2011, DJe 01/02/2012)

> CRIMINAL. HABEAS CORPUS. EXECUÇÃO. PROGRESSÃO AO REGIME ABERTO. PACIENTE NÃO TRANSFERIDO AO ESTABELECIMENTO ADEQUADO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. DETERMINAÇÃO DE CUMPRIMENTO DA PENA EM REGIME DOMICILIAR. ORDEM CONCEDIDA.
> I. **É pacífica a jurisprudência desta Corte no sentido de que, na falta de vagas em estabelecimento compatível ao regime fixado, configura constrangimento ilegal a submissão do apenado ao cumprimento de pena em regime mais gravoso, devendo o mesmo cumprir a reprimenda em regime aberto, ou em prisão domiciliar, na hipótese de inexistência de estabelecimento adequado**.
> II. Deve ser cassado o acórdão recorrido para restabelecer a decisão proferida pelo Juízo da Vara das Execuções Penais de Caxias do Sul, permitindo ao paciente o desconto de sua reprimenda em prisão domiciliar, até que surja vaga em estabelecimento adequado ao regime aberto, exceto se por outro motivo estiver preso em regime mais severo.
> III. Ordem concedida, nos termos do voto do relator.
> (HC 198.994/RS, Rel. Ministro GILSON DIPP, QUINTA TURMA, julgado em 08/11/2011, DJe 17/11/2011)

No mesmo sentido já decidiu esta egrégia Corte de Justiça:

> HABEAS CORPUS. PROGRESSÃO DE REGIME. AUSÊNCIA DE ESTABELECIMENTO PENAL FEMININO ADEQUADO AO REGIME SEMIABERTO. PERMANÊNCIA NO REGIME FECHADO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. ORDEM CONCEDIDA. I- **A inexistência de estabelecimento adequado para o cumprimento da pena, admite que o apenado, agraciado com a progressão para o regime semiaberto, aguarde o surgimento de vaga em estabelecimento compatível com o regime semiaberto. Revela-se flagrante constrangimento ilegal a submissão do paciente a regime fechado, quando comprovado que o mesmo obteve o direito de progredir para o regime semiaberto**. II- Ordem concedida para, caso não seja possível a transferência da paciente para o regime semiaberto, que aguarde, em regime aberto, o surgimento de vaga em estabelecimento próprio, salvo se por outro motivo não estiver presa. (HC 44510-13.2010.8.06.000, Rel. Juiz Convocado Inácio de Alencar Cortez Neto, julgado em 22/10/2010)

> HABEAS CORPUS. EXECUÇÃO PENAL. PROGRESSÃO AO REGIME SEMIABERTO. AUSÊNCIA DE ESTABELECIMENTO PRÓPRIO PARA CUMPRIMENTO DE PENA. PERMANÊNCIA NO REGIME FECHADO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL CONFIGURADO. PRISÃO DOMICILIAR PROVISÓRIA. ORDEM CONCEDIDA. 1. I**nexistindo estabelecimento próprio para o cumprimento do regime deferido (semiaberto) e, permanecendo a paciente em regime mais gravoso (fechado), resta evidenciado constrangimento ilegal sanável pelo writ, para promover, no caso, cumprimento da pena provisoriamente em prisão domiciliar, mediante condições especiais**. Precedentes do STJ.

> 2. Preenchidos os requisitos do art. 112 da LEP e deferida a progressão de regime, não poderá o Juízo das Execuções Criminais condicionar sua permanência em regime mais gravoso do que ao que tem direito, pois a manutenção da paciente, a quem foi dado o direito de progredir para o regime semiaberto, em Presídio onde se encontra recolhida, lhe retiraria todo o estímulo para sua recuperação social, por tornar desproporcional o cumprimento da pena em face daquela que lhe foi imposta. 3. Ordem concedida. (HC 43289-92.2010.8.06.000, Rel. Des. Paulo camelo Timbó, julgado em 21/10/2010)

Diante do exposto, em consonância com o parecer da douta PGJ, concedo a ordem, a fim de assegurar à paciente o cumprimento da pena em regime semiaberto, ou, não sendo possível, seja, de imediato transferida para o regime aberto, admitida a prisão domiciliar, no caso de inexistência de casa de albergado, até o surgimento de vaga em estabelecimento adequado.

É como voto.

Fortaleza, CE, 13 de fevereiro de 2012.

Habeas Corpus Crime nº. 0009952-78.2011.8.06.0000
Impetrante: Maria Elizabeth Rios Alves
Paciente: João Carlos Sousa Paulo
Impetrado: Juízo de Direito da 1ª Vara do Júri de Fortaleza
Relator: DES. JOÃO BYRON DE FIGUEIRÊDO FROTA

EMENTA: PENAL. PROCESSUAL PENAL. *HABEAS CORPUS*. INFRAÇÃO AO ART. 121, § 2º, INCISOS III E IV, DO CÓDIGO PENAL BRASILEIRO. ALEGAÇÃO DE ESTAR PRESCRITA A PENA DE 12 ANOS IMPOSTA AO PACIENTE. MENORIDADE RELATIVA DO RÉU AO TEMPO DO CRIME. PRAZO PRESCRICIONAL APLICÁVEL DE 8 (OITO) ANOS. TRÂNSITO EM JULGADO DO ACÓRDÃO QUE CONFIRMOU A SENTENÇA CONDENATÓRIA. DECURSO DO PRAZO PRESCRICIONAL DESDE O TRÂNSITO EM JULGADO PARA A ACUSAÇÃO ATÉ A EFETIVA PRISÃO DO CONDENADO, SEM A INCIDÊNCIA DE CAUSA SUSPENSIVA OU INTERRUPTIVA DA PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO EXECUTÓRIA. EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE. INTELIGÊNCIA DOS ARTS. 109, II, C/C 115, E 110, C/C 112, I, TODOS DO CP, E, AINDA, ART. 61, DO CPP. ORDEM CONCEDIDA.

1. O prazo aplicável à espécie para o cômputo da prescrição é de 8 (oito) anos, obtido do cotejo do art. 109, II, com o art. 115, ambos do CP, haja vista o *quantum* da pena infligida – 12 (doze) anos – e a menoridade relativa do réu ao tempo do crime – 19 anos de idade.

2. A despeito da motivação utilizada pelo Judicante na decisão impugnada, impende destacar que as causas interruptivas da prescrição previstas no art. 117, do CP, referem-se às duas espécies de prescrição: da pretensão punitiva (incisos I a IV) e da pretensão executória (incisos V e VI).

3. Não havendo transcurso do lapso de 8 (oito) anos entre os marcos previstos nos incisos I a IV, do art. 117, do CP, notadamente entre a publicação da sentença condenatória recorrível (24/10/2000) e a promulgação do acórdão que a manteve (17/07/2006), não há falar em incidência da prescrição da pretensão punitiva.

4. Sobrevindo o trânsito em julgado do acórdão confirmatório da sentença (18/06/2007), marco divisório das duas espécies de prescrição, cumpre investigar quanto à incidência da prescrição da pretensão executória, cujo decurso, consoante estabelece o art. 110 c/c o art. 112, inciso I, ambos do CP, tem como termo inicial o trânsito em julgado da sentença condenatória para a acusação, consistindo, no caso versado, no dia 31/10/2000, data em que foi superado o quinquídio legal seguinte à intimação da sentença, sem a interposição

de recurso pelo representante do Ministério Público oficiante junto ao Primeiro Tribunal do Júri de Fortaleza.
5. Verifica-se na hipótese que, desde o trânsito em julgado da sentença condenatória para a acusação (31/10/2000) até a efetiva prisão do réu/paciente para o cumprimento de sua pena (06/11/2011), transcorreram mais que os 8 (oito) anos do lapso prescricional aplicável ao caso, sem que sobreviesse qualquer causa suspensiva ou interruptiva da prescrição da pretensão executória, observando-se, ainda, não ser o condenado reincidente.
6. Forçoso reconhecer exaurido o prazo legal para o exercício do *jus puniendi* pelo Estado, que, desse modo, perde o direito de executar a pena imposta na sentença condenatória do réu/paciente.
7. Declarada a prescrição da pretensão executória, com a conseguinte extinção da punibilidade do apenado. Decisão unânime.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Habeas Corpus Crime nº. . 0009952-78.2011.8.06.0000, de Fortaleza, em que é impetrante Maria Elizabeth Rios Alves, paciente João Carlos Sousa Paulo, e impetrado o Juízo de Direito da 1ª Vara do Júri de Fortaleza.

ACORDAM os Desembargadores integrantes da Segunda Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Ceará, à unanimidade de votos, em julgar procedente o habeas corpus, para declarar a prescrição da pretensão executória da pena, julgando extinta a punibilidade do paciente João Carlos Sousa Paulo, em consonância com o parecer da Procuradoria Geral de Justiça.

RELATÓRIO

Impetra-se pedido de *habeas corpus* liberatório, com requesto de medida liminar, e favor de JOÃO CARLOS SOUSA PAULO, figurando como autoridade coatora o Juízo de Direito da 1ª Vara do Júri de Fortaleza.

Assevera a reclamante que o paciente encontra-se recolhido no 34º Distrito Policial de Fortaleza, por força de mandado de prisão expedido pelo Juízo *a quo,* tendo em vista que fora condenado à pena de 12 (doze) anos de reclusão, por infração ao art. 121, § 2º, incisos III e IV, do Código Penal brasileiro.

Aduz que a pena encontra-se prescrita, uma vez que a sentença condenatória transitou em julgado para a acusação na data de 31/10/2000, e o réu somente foi preso em 06/11/2011, estando, assim, superado o prazo prescricional de 8 (oito) anos aplicável à espécie, considerando que o condenado era menor de 21 (vinte e um) anos ao tempo do crime.

Alega que o paciente sofre coação ilegal pela subsistência de sua prisão, requerendo *initio litis* seja decretada a extinção de sua punibilidade pela prescrição,

expedindo-se o competente alvará de soltura em seu benefício, e ao final, seja julgado procedente o *writ*.

Juntou a documentação de fls..

Liminar indeferida em face do viés satisfativo que encerrava, confundindo-se com o mérito da postulação (fl. 195).

Notificada para os informes de estilo, a Juíza impetrada apresentou relatório circunstanciado sobre as etapas processuais sucedidas na ação de origem, noticiando o trânsito em julgado, na data de 18/06/2007, do acórdão que confirmou a sentença condenatória. No ensejo, esclarece que o pleito aviado naquela instância visando à declaração da extinção da punibilidade do réu/paciente foi indeferido em razão de o prazo prescricional suceder oito anos após a última causa interruptiva da prescrição, qual seja o acórdão que confirmou a sentença condenatória, proferido em 30/03/2007. Informa, outrossim, a prisão do condenado, efetuada em 06/11/2011, sendo expedida a respectiva carta de guia à Vara de Execuções Criminais desta Comarca em 15/12/2011, anexando cópias das peças estimadas relevantes (fls. 198/200).

Com vista dos autos, a Procuradoria Geral de Justiça lançou parecer pelo provimento do pedido de *habeas corpus,* expedindo-se o competente alvará de soltura do paciente (fls. 278/283).

É, em síntese, o relatório.

O presente *mandamus* verte seu conteúdo no escopo de que seja decretada a extinção da punibilidade do paciente, devido à superveniência da prescrição da pena imposta na sentença condenatória do Juízo de Direito da 1ª Vara do Júri de Fortaleza.

O exame detido da documentação coligida aos fólios denota que o paciente fora condenado, na data de 24/10/2000, à pena de 12 (doze) anos de reclusão, por infração do art. 121, § 2º, incisos III e IV, do CP (fls. 123 e 241), sendo confirmada a condenação por ocasião do julgamento do recurso apelatório interposto daquele *decisum*, ocorrido em 17/07/2006 (fls. 171, 176 e 261), com certidão de trânsito em julgado datada de 18/06/2007 (fls. 180 e 262).

Diante da imutabilidade da sentença increpatória, foi determinada pelo Juízo de primeiro grau a expedição de mandado de prisão do apenado (26/06/2007 – fl. 181), vindo este a ser efetivamente preso somente no dia 06/11/2011 (fls. 200 e 276).

Acerca das alegações deduzidas, não há dúvida quanto ao prazo prescricional aplicável à espécie, qual seja 8 (oito) anos, obtido do cotejo do art. 109, II, com o art. 115, ambos do CP,[1] haja vista o *quantum* da pena infligida – 12 (doze) anos – e a menoridade relativa do réu ao tempo do crime – 19 anos de idade (fls. 07/08).

1 Art. 109 – do CP. A prescrição, antes de transitar em julgado a sentença final, salvo o disposto no § 1o do art. 110 deste Código, regula-se pelo máximo da pena privativa de liberdade cominada ao crime, verificando-se:

[...]

II - em dezesseis anos, se o máximo da pena é superior a oito anos e não excede a doze;

Art. 115 – do CP. São reduzidos de metade os prazos de prescrição quando o criminoso era, ao tempo do crime, menor de 21 (vinte e um) anos, ou, na data da sentença, maior de 70 (setenta) anos.

Ao prolatar a decisão impugnada, ocasião em que o réu ainda não havia sido preso, o Juízo *a quo* motivou o indeferimento do pedido de extinção da punibilidade do condenado na incidência da causa interruptiva do prazo prescricional constante do art. 117, IV, do CP, considerando, naquele azo, não ter a defesa observado referido marco, uma vez que, sendo publicado o acórdão confirmatório da sentença em 30/03/2007, não teria decorrido o intervalo de 8 (oito) anos necessários para ocorrência da prescrição.

Pois bem. A despeito da motivação utilizada pelo Judicante em seu *decisum*, impende destacar, primeiramente, que as causas interruptivas da prescrição previstas no art. 117, do CP, referem-se às duas espécies de prescrição: da pretensão punitiva (incisos I a IV) e da pretensão executória (incisos V e VI).[2]

Com efeito, não havendo transcorrido o lapso de 8 (oito) anos entre quaisquer dos marcos previstos nos incisos I a IV, do art. 117, do CP, notadamente entre a publicação da sentença condenatória recorrível (24/10/2000) e a promulgação do acórdão que a manteve (17/07/2006), não há falar em incidência da prescrição da pretensão punitiva.

Corroborando tal assertiva, transcrevo excerto do elucidativo voto pronunciado pela eminente Ministra Ellen Gracie no julgamento do HC 86125/SP, a saber:

> "[...] O que releva no caso é que, entre os marcos interruptivos da prescrição – data do crime, recebimento da denúncia, sentença condenatória recorrível -, não decorreu o prazo de prescrição da pretensão punitiva. E, na hipótese dos autos, o acórdão que confirmou a condenação foi proferido antes do prazo de dois anos contados da data da publicação da sentença condenatória, último marco interruptivo da prescrição. O aresto confirmatório da condenação, é certo, não é marco interruptivo da prescrição. Mas, se ele surge antes de fluído o prazo prescricional, que fora interrompido com o advento da sentença condenatória recorrível, não há mais cogitar de prescrição da pretensão punitiva. O órgão de segundo grau de jurisdição atuou a tempo e modo. O Estado não descurou de sua função jurisdicional. Está encerrada, portanto, a fase da prescrição da pretensão punitiva. Outra fase – a da prescrição da pretensão executória terá início. [...]"

No entanto, sobrevindo o trânsito em julgado do acórdão confirmatório da sentença (18/06/2007), marco divisório das duas espécies de prescrição, cumpre

2 Art. 117 – do CP. O curso da prescrição interrompe-se:

I - pelo recebimento da denúncia ou da queixa;
II - pela pronúncia;
III - pela decisão confirmatória da pronúncia;
IV - pela publicação da sentença ou acórdão condenatórios recorríveis;
V - pelo início ou continuação do cumprimento da pena;
VI - pela reincidência.

investigar quanto à incidência da prescrição da pretensão executória, cujo decurso, consoante estabelece o art. 110 c/c o art. 112, inciso I, ambos do CP,[3] tem como termo inicial o trânsito em julgado da sentença condenatória para a acusação,[4] consistindo, no caso versado, no dia 31/10/2000, data em que foi superado o quinquídio legal seguinte à intimação da sentença, sem a interposição de recurso pelo representante do Ministério Público oficiante junto ao Primeiro Tribunal do Júri de Fortaleza.

Verifica-se na hipótese que, desde o trânsito em julgado da sentença condenatória para a acusação (31/10/2000) até a efetiva prisão do réu/paciente para o cumprimento de sua pena (06/11/2011), transcorreram mais que os 8 (oito) anos do lapso prescricional aplicável ao caso, sem que sobreviesse qualquer causa suspensiva ou interruptiva da prescrição da pretensão executória, observando-se, ainda, não ser o condenado reincidente.

Destarte, forçoso reconhecer exaurido o prazo legal para o exercício do *jus puniendi* pelo Estado, que, desse modo, perde o direito de executar a pena imposta na sentença condenatória do réu/paciente.

Idêntica orientação é chancelada pelas Cortes Superiores, conforme pontificam os julgados abaixo:

> **STF –** *HABEAS CORPUS*. PRESCRIÇÃO PENAL. PRETENSÃO PUNITIVA. RECURSOS ESPECIAL E EXTRAORDINÁRIO INDEFERIDOS. AGRAVOS IMPROVIDOS. 1. Não tendo fluído o prazo de dois anos (CP, art. 109, VI) entre os vários marcos interruptivos (data do crime, recebimento da denúncia e sentença condenatória recorrível) e sobrevindo acórdão confirmatório da condenação, antes do decurso do período fixado em lei, está exaurida a chamada prescrição da pretensão punitiva. 2. Recursos especial e extraordinário indeferidos na origem, porque inadmissíveis, em decisões mantidas pelo STF e pelo STJ, não têm o condão de empecer a formação da coisa julgada. 3. HC indeferido. (HC 86125/SP – Segunda Turma, Relatora: Ministra ELLEN GRACIE, Julgamento: 16/08/2005, Publicação: DJe 02/09/2005).

3 Art. 110 – do CP. A prescrição depois de transitar em julgado a sentença condenatória regula-se pela pena aplicada e verifica-se nos prazos fixados no artigo anterior, os quais se aumentam de um terço, se o condenado é reincidente.

§ 1o A prescrição, depois da sentença condenatória com trânsito em julgado para a acusação ou depois de improvido seu recurso, regula-se pela pena aplicada, não podendo, em nenhuma hipótese, ter por termo inicial data anterior à da denúncia ou queixa.

Termo inicial da prescrição após a sentença condenatória irrecorrível

Art. 112 – do CP. No caso do art. 110 deste Código, a prescrição começa a correr:

I - do dia em que transita em julgado a sentença condenatória, para a acusação, ou a que revoga a suspensão condicional da pena ou o livramento condicional;

STF – RECURSO EM *HABEAS CORPUS*. DIREITO PENAL E PROCESSUAL PENAL. INÉPCIA DA DENÚNCIA. INOCORRÊNCIA. CONDUTA SUFICIENTEMENTE INDIVIDUALIZADA. CONDENAÇÃO FUNDADA EM PROVAS IDÔNEAS. *SURSIS* PROCESSUAL. NÃO OFERECIMENTO. NULIDADE RELATIVA. PRECLUSÃO. PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO EXECUTÓRIA RECONHECIDA. RECURSO PROVIDO PARCIALMENTE. 1. O presente recurso ordinário em *habeas corpus* diz respeito à inépcia da denúncia, à invalidade das provas, à nulidade do processo e à ocorrência da prescrição executória. 2. [*Omissis*]. 3. [*Omissis*]. 4. [*Omissis*]. 5. [*Omissis*]. 6. [*Omissis*]. 7. Na medida em que o paciente ainda não iniciou o cumprimento de sua pena, fica clara a ocorrência da prescrição da pretensão executória da pena, uma vez que já se passaram mais de quatro anos da publicação da sentença. 8. Recurso parcialmente provido. (RHC 101358/RJ – Segunda Turma, Relatora: Ministra ELLEN GRACIE, Julgamento: 24/08/2010, Publicação: DJe 10/09/2010).

STJ – *HABEAS CORPUS*. PENAL. PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO EXECUTÓRIA. OCORRÊNCIA. TERMO INICIAL. TRÂNSITO EM JULGADO PARA A ACUSAÇÃO. ORDEM CONCEDIDA. 1. De acordo com a redação do art. 112, inciso I, do Código Penal, o termo inicial para a contagem do prazo prescricional da pretensão executória é o trânsito em julgado da sentença condenatória para a acusação. Precedentes. 2. A prescrição da pretensão executória, no caso, ocorre em 08 (oito) anos, nos termos do art. 110, *caput,* c/c art. 109, inciso V, do Código Penal. A contar do trânsito em julgado do acórdão condenatório para a acusação (art. 112 do CP) até a presente data, transcorreram mais de 08 (oito) anos, motivo pelo qual está a pretensão executória estatal atingida pela prescrição. 3. Ordem concedida para declarar a prescrição da pretensão executória no tocante à Ação Penal n.º 1999.03.99.041596-4, Segunda Vara Federal da comarca de Bauru/SP. (HC 211631/SP – Sexta Turma, Relatora: Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, Julgamento: 20/09/2011, Publicação: DJe 03/10/2011).

STJ – PENAL. *HABEAS CORPUS*. CRIME CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA. PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO EXECUTÓRIA. EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE CONFIGURADA. MATÉRIA DE ORDEM PÚBLICA. ORDEM CONCEDIDA. I. Hipótese na qual o paciente foi condenado por infração à norma do art. 2º, inciso II, da Lei n.º 8.137/90, na forma do art. 71, do Código Penal, tendo sido majorada a pena no Tribunal *a quo* para o patamar de 09 meses de detenção, mais o pagamento de 15 dias-multa. II. À míngua da possibilidade de alteração do quadro processual, chega-se à conclusão, com esteio nos arts. 109, inciso VI, 110, § 1º (na redação vigente à época da consumação do delito) todos do Código Penal, que o lapso prescricional ocorre depois de transcorridos 02 anos. III. A prescrição é matéria de ordem pública, que pode e deve ser reconhecida de ofício ou a requerimento das partes, a qualquer tempo e grau de jurisdição, mesmo após o trânsito em julgado da condenação, inclusive em sede de *habeas corpus*, nos termos do art. 61 do Código de Processo

> Penal. IV. Ordem concedida de ofício, para reconhecer a prescrição da pretensão executória, regulada pela pena *in concreto*, e declarar extinta a punibilidade do paciente. (HC 169518/SP – Quinta Turma, Relator: Ministro GILSON DIPP, Julgamento: 18/08/2011, Publicação: DJe 31/08/2011).

Diante do exposto, conheço do pedido de *habeas corpus*, para julgá-lo procedente, declarando extinta a punibilidade do paciente João Carlos Sousa Paulo, em virtude da prescrição da pretensão executória da pena, o que faço com fulcro nos arts. 109, II, c/c 115, e 110, c/c 112, I, todos do Código Penal, e, ainda, art. 61, do Código de Processo Penal,[5] em consonância com o parecer da Procuradoria Geral de Justiça.

É como voto.

Fortaleza, 30 de janeiro de 2012.

5 GRECO, Rogério. Código penal comentado. 5. ed. Niterói: Impetus, 2011, p. 246.

PROCESSO N.°: 0010964-30.2011.8.06.0000
HABEAS CORPUS: COMARCA DE FORTALEZA
IMPETRANTE: RAIMUNDO MARTINS PEREIRA
IMPETRADO: JUIZ DE DIREITO DA 3ª VARA DO JÚRI DE FORTALEZA
PACIENTE: LUIS ANTÔNIO SANTOS DE SOUZA
RELATOR: DES. HAROLDO CORREIA DE OLIVEIRA MÁXIMO

EMENTA:
HABEAS CORPUS. PROCESSO PENAL. ALEGAÇÃO DE CONSTRANGIMENTO PELO EXCESSO DE PRAZO NO OFERECIMENTO DA DENÚNCIA. RÉU PRESO HÁ MAIS DE SEIS MESES. QUESTÃO NÃO ANALISADA NA INSTÂNCIA ORDINÁRIA. INVIABILIDADE DE APRECIAÇÃO PELA CORTE. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. ORDEM NÃO CONHECIDA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL MANIFESTO E INJUSTIFICÁVEL. EXCEPCIONALIDADE DA MEDIDA. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.
01 – Não tendo sido apreciada na instância ordinária a argumentação contida no *habeas corpus,* inviabiliza-se o exame da matéria por esta Corte, sob pena de indevida supressão de instância.
02 – A jurisprudência, contudo, tem admitido a apreciação da questão quando o constrangimento resta manifestamente demonstrado.
03 – No caso dos autos, o paciente encontra-se preso preventivamente desde julho de 2011, portanto, há aproximadamente seis meses, e nesse estado permanece sem que sequer tenha sido ofertada denúncia em seu desfavor, aguardando desde então a realização de diligências requeridas pelo Ministério Público, circunstância que caracteriza o excesso de prazo e via de consequência o constrangimento ilegal sanável pela via do *habeas corpus*.
04 – *Habeas corpus* não conhecido. Ordem concedida de ofício.

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 não conhecer do *habeas corpus*, mas,de ofício, conceder a ordem, tudo em conformidade com o voto do Relator.

RELATÓRIO

Cuida-se de *habeas corpus*, com pedido liminar, impetrado pelo Advogado Raimundo Martins Pereira, em favor do paciente LUIS ANTÔNIO SANTOS DE

SOUZA, preso em flagrante delito desde 20 de julho de 2011, acusado da prática do crime previsto no art. 121, § 2º, inciso II, c/c o art. 14, inciso II, todos do Código Penal Brasileiro, figurando como autoridade coatora o Juiz de Direito da 2ª Vara do Júri da Comarca de Fortaleza.

Sustenta o impetrante, em apertada síntese a ocorrência de constrangimento ilegal ante o excesso de prazo na formação da culpa, decorrente da excessiva demora no oferecimento da denúncia, uma vez que paciente encontra-se preso.

Pugna, assim, pela concessão da ordem com a imediata expedição de alvará de soltura, sendo-lhe impostas as condições dos arts. 327 e 328 do Código de Processo Penal..

O pleito liminar foi indeferido, consoante decisão acostada às fls. 168.

Informações da autoridade impetrada às fls. 171/172, dando conta de que em 03/08/2011, a prisão em flagrante foi convertida em preventiva, com esteio nos arts. 310, II e 313, incisos I e III, ambos do Código de Processo Penal, e que os autos encontram-se "aguardando o final da greve da polícia, para remessa dos autos do inquérito policial à Delegacia realizações de diligências, conforme solicitação do Ministério Público".

Parecer da douta Procuradoria Geral de Justiça (fls. 194/199), manifestando-se pela concessão da ordem.

É, no que há de relevante, o relatório.

Em mesa para julgamento.

VOTO

No presente *writ*, pretende a impetração ver reconhecido o direito de o paciente aguardar em liberdade o trâmite processual, alegando, para tanto, constrangimento ilegal, ante o excesso de prazo no oferecimento da denúncia.

Conforme se depreende dos autos, o excesso de prazo para o oferecimento da denúncia é patente e desarrazoado. O paciente, preso em flagrante delito em 20 de julho de 2011, teve a prisão em flagrante convertida em preventiva em 03/08/2011. Contudo, decorrido mais de 6 (seis) meses da prisão, a denúncia ainda não fora ofertada.

Não obstante a dificuldade em dar cumprimento às diligências solicitadas pelo Ministério Público Estadual, em decorrência da greve deflagrada pela Polícia Civil deste Estado, o retardo no oferecimento da denúncia, como dito acima é desarrazoado, e atribuível, exclusivamente, ao Estado, estando o paciente preso e à disposição da Justiça.

Cabe ressaltar, que o fato das alegações não terem sido postas à apreciação da autoridade impetrada, é fator impeditivo para que este Colegiado conheça da matéria, sob pena de indevida supressão de instância.

Nesse sentido:

> HABEAS CORPUS. PROCESSUAL PENAL. TRÁFICO DE DROGAS. LIBERDADE PROVISÓRIA. VEDAÇÃO EXPRESSA CONTIDA NA

> LEI N.º 11.343/2006. **TESE DE EXCESSO DE PRAZO. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA.** ORDEM PARCIALMENTE CONHECIDA E NESSA PARTE DENEGADA.
> 1. O Paciente foi preso em flagrante na posse de 8 (oito) invólucros plásticos com maconha e de R$ 198,00 (cento e noventa e oito reais), sendo autuado pela prática do delito previsto no art. 33, da Lei n.º 11.343/2006.
> 2. **A tese de excesso de prazo na formação da culpa não foi apreciada pelo Tribunal a quo. O exame da alegação, nesta oportunidade, configuraria vedada supressão de instância.**
> 3. A teor da orientação firmada pela Quinta Turma deste Superior Tribunal de Justiça, a vedação expressa do beneficio da liberdade provisória aos crimes de tráfico ilícito de entorpecentes é, por si só, motivo suficiente para impedir a concessão da benesse ao réu preso em flagrante por crime hediondo ou equiparado, nos termos do disposto no art. 5.º, inciso LXIII, da Constituição Federal, que impõe a inafiançabilidade das referidas infrações penais.
> Precedentes desta Corte e do Supremo Tribunal Federal.
> 4. A decisão que indeferiu a liberdade provisória está lastreada em fundamentação idônea, com base na garantia da ordem pública.
> 5. Ordem parcialmente conhecida e nessa parte denegada. (HC 202.475/DF, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 16/06/2011, DJe 29/06/2011) (destaquei)

A jusrisprudência, contudo, tem admitido a apreciação nos casos em que o constrangimento restar manifesto.

O prazo estabelecido no art. 46, do Código de Processo Penal para o oferecimento da denúncia é de 5 (cinco) dias. Esse lapso, contudo, já foi, em muito ultrapassado.

É certo que não se pode enxergar o excesso de prazo com simples soma aritmética dos prazos processuais, há de analisar as particularidades do caso concreto, de modo que existindo complexidade ou diligências que contribuam para o retardo no andamento no feito, esse período possa ser flexibilizado, desde que dentro dos limites da razoabilidade.

Como cediço, a não observância dos prazos legais, máxime em se tratando de réu preso cautelarmente, ofende o direito fundamental de julgamento célere do processo, agora expressamente previsto no inciso LXXVIII da Constituição Federal (incluído pela EC nº 45 de 2004), que prescreve: ***"a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação"***.

Ante tais fundamentos, em estreita consonância com o parecer da douta Procuradoria geral de Justiça, decido pelo não conhecimento do *habeas corpus,* porém, concedo a ordem de ofício, devendo o paciente ser posto imediatamente em liberdade, se por outro motivo não esteja preso.

É como voto.

Fortaleza, CE, 13 de fevereiro de 2012.

Nº 2008.0013.1790-0/0 PETIÇÃO DE HABEAS CORPUS
COMARCA: CRATO
IMPETRANTE: ALEXEI TEIXEIRA LIMA
PACIENTE: EDUARDO DOMINGOS DA SILVA
IMPETRADO: JUIZ DE DIREITO DA 4ª VARA
RELATOR: DES. EYMARD DE AMOREIRA

EMENTA: CONSTITUCIONAL. HABEAS CORPUS. PENAL. PROCESSUAL. PRISÃO PREVENTIVA EM FACE DE VIOLÊNCIA DOMÉSTICA – LEI Nº 11.340/2006 – MARIA DA PENHA.

1. A liberdade do paciente tornou-se uma constante ameaça à ordem pública, com sucessivas agressões perpetradas em face de sua ex-mulher, cuja violência doméstica reclamou providência da proteção cautelar, analisada no caso concreto à luz dos arts. 311 e 312 do Código de Processo Penal, bem como no art. 20 da Lei nº 11.340/2006, conhecida por Lei Maria da Penha, que dispôs: "Art. 20 – Em qualquer fase do inquérito policial ou da instrução criminal, caberá a prisão preventiva do agressor, decretada pelo juiz, de ofício, a requerimento do Ministério Público ou mediante representação da autoridade policial".

2. Na hipótese em estudo, a violência doméstica perpetrada pelo paciente bem demonstra o seu grau de periculosidade, quando põe em risco tanto a vida de sua ex-mulher como a própria paz social, recomenda, induvidosamente, a prisão preventiva para garantia da ordem pública.

3. Ordem denegada. Decisão unânime.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de petição de habeas corpus, nº 2008.0013.1790-0/0, de Crato, em que é impetrante o advogado Alexei Teixeira Lima, paciente Eduardo Domingos da Silva, sendo impetrado o Juiz de Direito da 4ª Vara da comarca.

Acorda a Turma, por unanimidade de votos, em conhecer da ação e denegar-lhe a ordem, nos termos em que opinou a douta Procuradoria Geral de Justiça.

O advogado Alexei Teixeira Lima, qualificado nos autos, impetrou a presente ordem de habeas corpus liberatório com pedido de medida liminar em proveito do paciente Eduardo Domingos da Silva, que se acha recolhido por força de decreto prisional emanado do Juiz de Direito da 4º Vara da comarca do Crato, em face do paciente haver praticado contra sua ex-mulher lesões corporais, razão por que foi denunciado nas

penas do art. 129, § 9º, c/c 147, do Código Penal Brasileiro.

Pede assim, a concessão da ordem, por entender que não restaram configurados os requisitos e pressupostos autorizadores da custódia provisória imposta ao paciente, resultando em constrangimento ilegal a sua prisão.

Às fs. 39/40, indeferi a medida liminar perseguida.

Informações da autoridade dando conta da situação e marcha do processo às fs.42/50.

Parecer da douta Procuradoria Geral de Justiça às fs. 61/64, opinando pela denegação da ordem.

É o relatório.

O paciente Eduardo Domingos da Silva, viveu em união estável com Eliane Barros de Sousa por cerca de sete anos, advindo da relação dois filhos. Durante a convivência, o paciente agredia constantemente a companheira e dilapidava o patrimônio do casal para comprar drogas. Por esta razão, Eliane decidiu se separar, fato que não agradou ao paciente, passando, então, a persegui-la, ameaçá-la e, por último, agredi-la onde a encontrasse; até que no dia 20 de outubro último, agrediu-a com o cabo da faca e tentou esganá-la.

Antes mesmo da Juíza, apontada coatora, apreciar algumas medidas de caráter protetivas requeridas pelo Ministério Público, veio aos autos pedido de prisão preventiva do paciente, em face de ter praticado nova lesão corporal contra sua ex-companheira, mediante emprego de gasolina e fogo, conforme noticiado no auto de exame de corpo de delito.

Ora, a liberdade do paciente tornou-se uma constante ameaça à ordem pública, com sucessivas agressões perpetradas em face de sua ex-mulher, cuja violência doméstica reclamou providência da proteção cautelar, analisada no caso concreto à luz dos arts. 311 e 312 do Código de Processo Penal, bem como no art. 20 da Lei nº11.340/2006, conhecida por Lei Maria da Penha, que dispôs:

> Art. 20 – Em qualquer fase do inquérito policial ou da instrução criminal, caberá a prisão preventiva do agressor, decretada pelo juiz, de ofício, a requerimento do Ministério Público ou mediante representação da autoridade policial.

Na hipótese em estudo, a violência doméstica perpetrada pelo paciente bem demonstra o seu grau de periculosidade, quando põe em risco tanto a vida de sua ex-mulher como a própria paz social, recomenda induvidosamente a prisão preventiva para garantia da ordem pública.

Nesse sentido:

> Delitos de lesão corporal e ameaça, praticados contra ex-esposa, restando caracterizada a violência doméstica prevista na Lei Maria da Penha, demonstra periculosidade do paciente, justificando a cautela provisória sob

> os auspícios da garantia da ordem pública, mormente quando a decisão que indefere pedido de revogação da custódia cautelar, presenta-se motivada. (TJMG, Processo 1.0000.07.457784-/0001) Rel. Pedro Vergara, pub. 28/07/2007).

De sorte que, a prisão preventiva decretada em desfavor do paciente merece ser mantida, para garantia da ordem pública, razão por que denego a ordem impetrada, nos termos do parecer da douta Procuradoria Geral de Justiça.

É como voto.

Fortaleza, 24 de junho de 2008.

Nº: 19630-88.2009.8.06.0000/0
HABEAS CORPUS (de Fortaleza)
IMPETRANTE: JOÃO RÉGIS PONTES REGO
PACIENTE: RITA DE CÁSSIA NOGUEIRA PINHEIRO COSTA
IMPETRADO: JUIZ DE DIREITO DA VARA ÚNICA DE TRÂNSITO DA COMARCA DE FORTALEZA
RELATOR: DES. LUIZ GERARDO DE PONTES BRÍGIDO

***-Habeas corpus*.**
-Tratando-se de crime apenado com detenção, a prisão preventiva só se faz cabível se concorrerem os requisitos previstos no art. 313, CPP, a ensejar, *in casu*, a soltura da paciente, condicionando-a, contudo, a seu comparecimento à audiência a ser realizada no prazo máximo de 48 horas.
-Maioria.

Vistos, relatados e discutidos os autos acima identificados.

1- O *habeas corpus* persegue a liberdade da paciente, presa em flagrante e denunciada por lesão corporal culposa na direção de veículo automotor, alegando-se, em suma, que a mediada constritiva é inviável, ante a espécie da pena cabível para o crime em comento.

Negada a liminar, informes nos autos, a PGJ é pela concessão da ordem.

É o relatório, a curto.

2– No dia 12 de junho de 2007, a coacta, ao dirigir seu "Gol" embriagada, atropelou um motociclista. Presa em flagrante, foi liberada mediante pagamento de fiança, comprometendo-se a comparecer a todos os atos processuais quando convocada, todavia, intimada para audiência preliminar, faltou injustificadamente, razão pela qual, o magistrado julgou quebrada a fiança, restabeleceu os efeitos do flagrante e mandou expedir mandado de prisão.

No que se pese a irresponsabilidade da paciente e seu atrevimento perante a Justiça, predomina na jurisprudência dos Tribunais Superiores que "cuidando a hipótese de crime apenado com detenção, a prisão preventiva só se faz cabível se concorrerem os requisitos previstos no artigo 313, inciso II, isto é, se o acusado for vadio ou, havendo dúvida sobre sua identidade, não fornecer ou não indicar elementos para esclarecê-la; ou, ainda, conforme descrito no inciso III do mesmo dispositivo legal, tratando-se de acusado já portador de outra condenação, em crime doloso, transitada em julgado, pouco importando a natureza da mais recente infração cometida, se dolosa ou culposa" (STJ, 6ª T., RHC 17.567/MG, rel. Min. Hélio Quaglia Barbosa, DJe de 27/06/2005).

Isto posto, considerando que a prisão *ante tempus* é medida que não se ajusta ao crime em comento, lesão corporal culposa na direção de veículo automotor,

há de se conceder a ordem, condicionando-se, todavia, a expedição do alvará ao comparecimento da paciente à audiência que deverá ser realizada no prazo máximo de 48 (quarenta e oito) horas.

3- Nessas condições, **ACORDA** a **1ª CÂMARA CRIMINAL** do **TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO CEARÁ**, por maioria, em conceder a ordem, condicionando a expedição do alvará de soltura ao comparecimento da paciente à audiência que deverá ser realizada no prazo máximo de 48 (quarenta e oito) horas, nos termos do voto do Relator.

Fortaleza, CE, 16 de março de 2010.

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 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 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.

> *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 - HOMICIDIO 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

PROCESSO Nº: 42598-78.2010.8.06.0000/0
RECURSO EM SENTIDO ESTRITO
JUÍZO: 5ª VARA DO JÚRI DA COMARCA DE FORTALEZA
RECORRENTE: BENEDITO SANTANA SOBRINHO
RECORRIDO: JUSTIÇA PÚBLICA
RELATOR: DESEMBARGADOR PAULO CAMELO TIMBÓ

EMENTA: PENAL E PROCESSUAL PENAL. RECURSO CRIME EM SENTIDO ESTRITO. SENTENÇA DE PRONÚNCIA. AUSÊNCIA DE PROVAS DE AUTORIA. ABSOLVIÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. ACERVO PROBATÓRIO. INDÍCIOS DE AUTORIA. JUÍZO DE ADMISSIBILIDADE. REQUISITOS DO ART. 413, CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. 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. Não há que se falar em ausência de provas de autoria ou participação no delito, quando do acervo probatório, incluindo vários depoimentos testemunhais, depreende-se claramente a ocorrência do delito, bem como indícios suficientes de autoria, nos termos do art. 413 do Código de Processo Penal.
3. A absolvição sumária somente é cabível quando a inocência do réu estiver cabalmente demonstrada, estreme de quaisquer dúvidas, o que não ocorre na hipótese.
4. Recurso conhecido, mas 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 Benedito

Santana Sobrinho, em face da sentença que o pronunciou nas tenazes do art. 121, § 2º, incisos I, III e IV, c/c art. 29, do Código Penal (fls. 148/156).

Irresignado, o réu interpôs o recurso de fls. 160/177, alegando ausência de provas de autoria, requerendo sua absolvição sumária ou, alternativamente, sua impronúncia.

O Ministério Público apresentou contrarrazões ao recurso às fls. 180/186, requerendo a manutenção da sentença de pronúncia.

Às fls. 205, o juiz singular manteve a sentença de pronúncia, remetendo os autos a esta Instância.

Parecer da Procuradoria Geral de Justiça às fls. 191/199, 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 Benedito Santana Sobrinho, em face da sentença que o pronunciou nas tenazes do art. 121, § 2º, incisos I, III e IV, c/c art. 29, do Código Penal (fls. 148/156).

Irresignado, o réu interpôs o recurso de fls. 160/177, alegando ausência de provas de autoria, requerendo sua absolvição sumária ou, alternativamente, sua impronúncia.

Narra a denúncia que em 28 de dezembro de 2006, Gilberto de Sousa Ferreira foi morto a bala, por dois indivíduos de identidade ignorada, e que o crime teria sido encomendado por Benedito Santana Sobrinho, autor intelectual do delito.

Analisando-se, acuradamente, os presentes fólios, tenho que a materialidade do crime está comprovada através do laudo cadavérico de fls. 33.

Quanto à autoria, os depoimentos testemunhais indicam indícios suficientes a embasar a pronúncia do recorrente. Vejamos:

Ronaldo de Sousa Ferreira, irmão da vítima, disse às fls. 12:

> [...] que ficou sabendo através de boatos de populares que chegaram a comentar que Emanuele no exato momento do crime, ficou chorando e dizia que tinha sido seu pai quem mandou matar o Gilberto.
> José Francisco de Castro afirmou, às fls. 15:
>
> [...] Que recentemente Bené descobriu que sua filha Emanuele estava tendo um caso com Gilberto, até onde vai o conhecimento do depoente este esclarece que quando Bené ficou sabendo bateu na Emanuele e depois embriagado ficou dizendo que ia matar as duas (se referindo a Silvana e Emanuele) e o Gilberto [...].

Ressalte-se que para a pronúncia apenas bastam indícios de autoria, não sendo necessária certeza ou existência de provas inequívocas, o que somente é exigido em se tratando de juízo condenatório, não para o juízo de admissibilidade que rege esta fase processual.

Portanto, existem sim indícios suficientes com relação à autoria delitiva e a materialidade do crime, bastantes para pronunciar o réu, encontrando-se devidamente fundamentada a pronúncia prolatada.

A sentença de pronúncia, como é cediço, reveste-se de mero juízo de admissibilidade, incidindo aqui o princípio *in dubio pro societate*, diferentemente do que ocorre em uma sentença condenatória, cujo princípio norteador há de ser o *in dubio pro reo*.

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.

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. 148/156 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, analisou as provas que o convenceram da materialidade do delito, e os indícios suficientes de autoria.

Ademais, em havendo dúvida quanto à autoria e participação no delito, por menor que seja, esta deve ser resolvida em favor da sociedade, pois essa fase processual é regida pelo princípio *in dubio pro societate*, como já dissemos anteriormente.

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

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.

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.

No presente caso, a ocorrência do delito, e os indícios suficientes de ser o recorrente seu autor, restaram suficientemente demonstrados através dos elementos probatórios colacionados aos autos, bem como delineados pelo magistrado *a quo* na decisão vergastada, sendo certo ainda que, o simples fato de haver dúvidas quanto à autoria delitiva ou quanto às circunstâncias do fato, já desautoriza a mesma ser afastada de plano, em sede de pronúncia, cabendo ao Tribunal do Júri dirimir tais dúvidas.

Por fim, como foi requerido pelo recorrido sua absolvição sumária, consigno que esta somente é cabível quando provada a inexistência do fato, provado não ser ele o autor ou partícipe, o fato não constituir crime ou estiver provada causa excludente de ilicitude, sem ensejar margem à quaisquer dúvidas, o que não ocorre na hipótese, pelo contrário, como acima demonstrado, vários elementos apontam para a concretização do delito e para o réu como autor, o que afasta a possibilidade de absolvição sumária, não sendo, ainda, caso de impronúncia, uma vez que presentes os requisitos ensejadores da pronúncia.

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 Nº: 84-62.2010.8.06.0113/1
RECURSO EM SENTIDO ESTRITO
JUÍZO: VARA ÚNICA DA COMARCA DE JUCÁS
RECORRENTE: MINISTÉRIO PÚBLICO
RECORRIDO: ANTÔNIO VALMIR ALVES PEREIRA
RELATOR: DESEMBARGADOR PAULO CAMELO TIMBÓ

EMENTA: PENAL E PROCESSUAL PENAL. RECURSO EM SENTIDO ESTRITO. DECRETAÇÃO DE PRISÃO PREVENTIVA. INDEFERIMENTO PELO JUÍZO *A QUO*. CONCESSÃO DE LIBERDADE PROVISÓRIA. INCONFORMISMO MINISTERIAL. REQUISITOS DO ART. 312, DO CPP. AUSÊNCIA. RECURSO CONHECIDO E IMPROVIDO.

1. Trata-se de Recurso em Sentido Estrito interposto pelo Ministério Público, objetivando a reforma da decisão, proferida pelo juiz singular, que indeferiu o pedido de decretação de prisão preventiva do recorrido, preso em flagrante, e concedeu a liberdade provisória.
2. O magistrado singular fundamentou sua decisão na ausência dos requisitos do art. 312 do CPP, demonstrando a ausência, inclusive, de prova da materialidade e indícios de autoria, não se justificando a decretação da segregação cautelar.
3. A prisão preventiva, como é cediço, é medida excepcionalíssima em nosso ordenamento, somente sendo aceitável em casos nos quais se demonstre verdadeiramente necessária, através de fatos concretos, para a garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal ou para assegurar a aplicação da lei penal, como prescreve o art. 312 do Código de Processo Penal.
4. Ausentes os requisitos autorizadores, a prisão preventiva não pode ser decretada, o que foi corretamente feito pelo magistrado singular, ao indeferir o pleito ministerial, motivo pelo qual deve ser mantida intacta sua decisão.
5. Recurso conhecido, e improvido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de Recurso em Sentido Estrito, ACORDAM os desembargadores da 1ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Ceará, à unanimidade e em dissonância 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 pelo Ministério Público, contra a decisão do juiz *a quo* que concedeu a liberdade provisória a Antônio Valmir Alves Pereira (fls. 53/54).

Aduz o recorrente (fls. 57/64) que a decisão atacada merece ser reformada, uma vez que os autos demonstram que o acusado já sofreu três condenações criminais, além de indícios de sua participação em diversos delitos, estando presentes os requisitos para a decretação da prisão preventiva.

O recorrido apresentou contrarrazões às fls. 76/78, requerendo o improvimento do recurso.

Às fls. 78v o juiz singular manteve a decisão, remetendo os autos a esta Instância.

Parecer da Procuradoria Geral de Justiça às fls. 83/87, com manifestação pelo provimento do recurso.

É o breve relatório.

VOTO

Presentes os requisitos de admissibilidade, conheço do recurso.

Como relatado, trata-se de Recurso Crime em Sentido Estrito, interposto pelo Ministério Público, contra a decisão do juiz *a quo* que concedeu a liberdade provisória a Antônio Valmir Alves Pereira (fls. 53/54).

Aduz o recorrente (fls. 57/64) que a decisão atacada merece ser reformada, uma vez que os autos demonstram que o acusado já sofreu três condenações criminais, além de indícios de sua participação em diversos delitos, estando presentes os requisitos para a decretação da prisão preventiva.

O Magistrado singular, em sua decisão de fls. 53/54, ressaltou que a prisão do acusado se deu somente pelo delito de formação de quadrilha, e que com relação aos demais delitos supostamente praticados pelo acusado, de acordo com os "informes" trazidos pelo Promotor de Justiça aos autos, sequer haveria procedimentos policiais instaurados para sua apuração, e nesse sentido, afirmou que conjecturas não eram suficientes para a manutenção de uma prisão cautelar.

Afirmou o juiz *a quo* não estarem presentes quaisquer dos requisitos para a decretação da prisão preventiva, nem mesmo prova da materialidade do delito e indícios de autoria, motivo pelo qual deveria ser restabelecida a liberdade do recorrido.

Analisando-se os autos, verifica-se assistir razão ao Magistrado, uma vez que as condenações anteriores, sofridas pelo recorrido, não tem o condão de, por si só, ensejar a prisão cautelar do recorrido. Se o juiz monocrático não vislumbrou prova de materialidade e indícios de autoria, já restam esvaziados os pressupostos do art. 312 do Código de Processo Penal, não havendo que se falar em decretação de prisão preventiva.

A prisão preventiva, como é cediço, é medida excepcionalíssima em nosso ordenamento, somente sendo aceitável em casos nos quais se demonstre verdadeiramente necessária, através de fatos concretos, para a garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal ou para assegurar a aplicação da lei penal, como prescreve o art. 312 do Código de Processo Penal, *verbis*:

> Art. 312. A prisão preventiva poderá ser decretada como garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal, ou para assegurar a aplicação da lei penal, quando houver prova da existência do crime e indício suficiente de autoria.

E mais, mencionado dispositivo legal ainda vincula a ocorrência de pelo menos uma dessas justificativas à prova de existência do crime e indício suficiente de autoria.

Ora, não foi em vão que a Lei Processual Penal determinou o preenchimento de tais requisitos para autorizar a prisão preventiva, tendo em vista encontrarmo-nos inseridos em um Estado Democrático de Direito, e nossa Carta Maior prever a proteção da liberdade e, máxime, a presunção de inocência, ou presunção de não culpabilidade, de forma a garantir que nenhum cidadão seja tolhido de sua liberdade sem que tenha sido devidamente processado e julgado, com todas as garantias relativas à ampla defesa e ao contraditório e, somente com condenação definitiva, possa-lhe ser cominada a sanção legal. Antes disso, somente em casos extremos nosso ordenamento permite a privação da liberdade.

Portanto, muita cautela é necessária para a decretação de uma prisão preventiva, por sua precariedade e gravidade, para que não se confunda com cumprimento antecipado de pena, o que implicaria em verdadeiro aniquilamento do devido processo legal, da ampla defesa e do contraditório, e inadmissível desrespeito ao princípio da presunção de inocência.

Assim que, para decretação da medida cautelar, nos casos autorizados pela lei, deve-se fazer séria análise do arcabouço probatório disponível, a fim de se comprovar se, realmente, existem elementos concretos que indiquem, com alguma segurança, a necessidade inafastável da segregação precária do indivíduo. Somente em caso positivo é que deve ser aplicada a medida.

Há uma tendência crescente de banalização da prisão cautelar, diretamente proporcional à onda de violência vivenciada na sociedade, bem como a sensação de impunidade instalada entre os cidadãos. Não podemos, contudo, deixar que essa conjuntura afete o julgamento correto dos requisitos necessários para a decretação da prisão preventiva.

Sobre o assunto, bem discorreu Guilherme de Souza Nucci:

> Desse modo, em lugar da presunção de inocência, emerge a presunção de culpa, inspirando várias decisões, tais como o indiciamento sem prévia

> construção probatória; a banalização da decretação da prisão temporária; a desconsideração judicial pela regularidade do auto de prisão em flagrante ou o menosprezo pelo direito à liberdade provisória; o recebimento leviano de peças acusatórias; a vulgarização da prisão preventiva; a lentidão extremada para a formação da culpa, mormente se tratando de réus presos; a desconsideração do direito de aguardar em liberdade o trânsito em julgado de decisão condenatória (...).
> A fundamental mantença do instituto da prisão cautelar, como medida indispensável à promoção da escorreita instrução probatória, assegurando-se a aplicação da lei penal e impedindo-se distúrbios inúteis à segurança pública, desvirtua-se para o nefasto campo da aplicação da pena antecipada, que, confrontada com a presunção de inocência, somente pode resultar em malfadada presunção de culpa.
> Da imposição de pena antecipada, com desprezo à ideia do estado natural de inocência, emerge a consagração de paradigma equivocado, centrado na ilegalidade, como consequência natural dos atos judiciais desvirtuados do parâmetro constitucional.[1]

Portanto, como cediço, para que seja autorizada a prisão preventiva, é necessária a ocorrência concomitante dos requisitos do art. 312 do Código de Processo Penal, ou seja, por um lado a prova de materialidade e indícios de autoria, e, cumulativamente, pelo menos um dos pressupostos previstos na parte inicial do dispositivo, quais sejam, garantia da ordem pública, da ordem econômica, conveniência da instrução criminal ou para aplicação da lei penal.

É dizer, são essenciais a prova de materialidade do delito *e* indícios de autoria *e* algum dos requisitos da parte inicial do dispositivo legal mencionado. Na ausência de qualquer desses elementos necessários à autorização da prisão preventiva, não pode esta ser decretada, ou, já tendo sido, deve ser imediatamente revogada, motivo pelo qual agiu com acerto o juiz *a quo*, às fls. 53/54.

Ora, é certo que não pode o magistrado deixar de amparar em base empírica, ou seja, nos fatos concretos, a necessidade de garantia da ordem pública, ordem econômica, conveniência da instrução criminal ou aplicação da lei penal, de modo a justificar a prisão preventiva. Com efeito, deve demonstrar claramente de que forma, e por que razões, aquela pessoa oferece risco à ordem pública caso seja posta em liberdade. E se assim não ocorre, não pode ser decretada a prisão.

Nesse sentido é o entendimento jurisprudencial:

> HABEAS CORPUS. ROUBO QUALIFICADO. **SEGREGAÇÃO CAUTELAR COM FUNDAMENTO EMPÍRICO IDÔNEO. GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. PRESENÇA DO *FUMUS COMISSI DELICTI* E *PERICULUM LIBERTATIS*. APARENTE PERICULOSIDADE DO AGENTE. É legítima a decisão que decreta**

1 NUCCI, Guilherme de Souza. Presunção de culpa, pena antecipada e paradigma da ilegalidade... **Revista dos Tribunais**. Ano 100. Vol. 906, abril/2011, p. 289-290.

prisão cautelar baseada em fundamento empírico idôneo que revele a necessidade da medida excepcional. Evidenciados estão o *fumus comissi delicti*, consistente no juízo de certeza acerca da materialidade e existência de indícios de autoria, e *periculum libertatis*, evidenciado pelo modus operandi na prática do crime. Encerrada a instrução processual, resta superada eventual alegação de constrangimento ilegal, a teor do disposto na Súmula 52 do STJ. À UNANIMIDADE, DENEGARAM A ORDEM DE HABEAS CORPUS IMPETRADO EM FAVOR DE M. R. D. F. (Habeas Corpus Nº 70036040517, Sexta Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Mario Rocha Lopes Filho, Julgado em 13/05/2010) Grifei.

PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. HOMICÍDIO QUALIFICADO SUPOSTAMENTE PRATICADO POR POLICIAL MILITAR CONTRA CIVIL. LEGÍTIMA DEFESA. INVIABILIDADE DE ANÁLISE. IMPROPRIEDADE DO *WRIT*. **PRISÃO PREVENTIVA. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO. POLICIAL MILITAR. CIRCUNSTÂNCIA INSUFICIENTE PARA EMBASAR A CUSTÓDIA CAUTELAR. TEMOR TESTEMUNHAL. MERAS SUPOSIÇÕES. PRECEDENTES DO STF E STJ.** ORDEM PARCIALMENTE CONHECIDA E, NESSA EXTENSÃO, CONCEDIDA.
I. Alegação de legítima defesa a qual não se conhece, ante a impropriedade do meio para o indispensável revolvimento de matéria fática-probatória.
II. **A prisão preventiva é medida excepcional e deve ser decretada apenas quando devidamente amparada pelos requisitos legais, em observância ao princípio constitucional da presunção de inocência ou da não culpabilidade, sob pena de antecipar a reprimenda a ser cumprida quando da condenação.**
III. **Cabe ao Julgador interpretar restritivamente os pressupostos do artigo 312 da Lei Processual Adjetiva, fazendo-se mister a configuração empírica dos referidos requisitos.**
IV. O juízo valorativo sobre a gravidade genérica do delito imputado ao paciente, a existência de prova da materialidade do crime e de indícios suficientes de autoria, a natureza hedionda do crime, bem como a necessidade de acautelar o meio social e o clamor público não constituem fundamentação idônea a autorizar a prisão para garantia da ordem pública, se desvinculados de qualquer fator concreto.
V. A circunstância de o paciente ser policial militar, por si só, não é suficiente para a decretação da custódia preventiva.
VI. Meras probabilidades e suposições a respeito de que a liberdade do acusado poderá influir no ânimo das testemunhas, caso venha a ser solto, não podem respaldar a medida constritiva.
VII. *Omissis*.
VIII. Ordem parcialmente conhecida e, nessa extensão, concedida, nos termos do voto do Relator.
(HC 175.951/RJ, Rel. Ministro GILSON DIPP, QUINTA TURMA, julgado em 22/03/2011, DJe 04/04/2011) Grifei.

AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO ESPECIAL. DIREITO PENAL. ARTS. 311 E 312 DO CPP. **PRISÃO PREVENTIVA. AUSÊNCIA DE**

PRESSUPOSTOS. REVOGAÇÃO. ENUNCIADO 83 DA SÚMULA DO STJ.
1. **Não merece guarida a pretensão recursal, porquanto, da leitura do *decisum* de Primeiro Grau, verifica-se fundamentação insuficiente para a manutenção da prisão dos ora agravados, ou seja, não se apontou nenhum fato concreto que autorizasse concluir que a ordem pública ou a instrução criminal pudessem ser ameaçadas, baseando-se, pois, somente em conjecturas nesse particular, e na gravidade do crime em si.**
2. Incidência do Enunciado 83 da Súmula do STJ.
3. O agravo regimental não merece prosperar, porquanto as razões reunidas na insurgência são incapazes de infirmar o entendimento assentado na decisão agravada.
4. Agravo regimental a que se nega provimento.
(AgRg no REsp 941.559/PE, Rel. Ministro CELSO LIMONGI (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/SP), SEXTA TURMA, julgado em 17/03/2011, DJe 30/03/2011) Grifei.

CRIMINAL. RECURSO ESPECIAL. EXTORSÃO. **LIBERDADE PROVISÓRIA CONCEDIDA EM SEGUNDO GRAU DE JURISDIÇÃO. GRAVIDADE GENÉRICA DO DELITO. MERA REFERÊNCIA AOS REQUISITOS LEGAIS DA CUSTÓDIA PREVENTIVA. FUNDAMENTAÇÃO INIDÔNEA.** ACÓRDÃO QUE DEVE SER MANTIDO. RECURSO DESPROVIDO.
I. A prisão cautelar é medida excepcional e deve ser decretada apenas quando devidamente amparada pelos requisitos legais previstos no art. 312 do CPP, em observância ao princípio constitucional da presunção de inocência ou da não culpabilidade, sob pena de antecipar a reprimenda a ser cumprida quando da condenação.
II. Cabe ao Julgador interpretar restritivamente os pressupostos consignados na Lei Processual Adjetiva, fazendo-se mister a configuração empírica dos referidos requisitos, sendo que razões outras, desprovidas de cunho acautelatório, não podem ser utilizadas para a imposição da medida constritiva.
III. **A existência de indícios de autoria e prova da materialidade, a simples menção aos requisitos legais da segregação, bem como o juízo valorativo sobre a gravidade genérica do delito imputado ao paciente não constituem fundamentação idônea a autorizar a prisão cautelar, se desvinculados de qualquer fator concreto ensejador da configuração dos requisitos do art. 312 do CPP.**
IV. Hipótese na qual foi deferida a liberdade provisória ao recorrido, preso em flagrante por crime de extorsão, por não se vislumbrar motivação idônea da decisão que a indeferiu. Acórdão que deve ser mantido, por seus próprios fundamentos.
V. Recurso desprovido, nos termos do voto do Relator.
(REsp 1197277/MT, Rel. Ministro GILSON DIPP, QUINTA TURMA, julgado em 01/03/2011, DJe 14/03/2011) Grifei.

Se esse não era o caso dos autos, como claramente demonstrou o juiz

singular em sua decisão, ora guerreada, o caminho a seguir era justamente o da não decretação da prisão.

Destarte, não havendo justificativa para a decretação da preventiva, por não estarem presentes os pressupostos autorizadores da medida, constantes no art. 312 do Código de Processo Penal, a concessão da liberdade provisória é medida impositiva, não havendo que se falar em ausência de fundamentação da decisão atacada, tampouco em decretação da prisão preventiva do réu.

Diante do exposto, conheço do presente recurso, para NEGAR-LHE PROVIMENTO, em dissonância com o parecer ministerial, mantendo inalterada a decisão atacada.

É como voto.

Fortaleza, 29 de novembro de 2011 .

ÍNDICE ALFABÉTICO

JURISPRUDÊNCIA CÍVEL

APELAÇÃO CÍVEL

Ação civil pública executiva – extinção sem resolução do mérito – execução de decisão do Tribunal de Contas dos Municípios – multa – possibilidade -Ministério Público – legitimidade – ausência de interesse processual, por inadequação da via eleita.....118.

Ação de alimentos – interposição contra a avó paterna – extinção do processo sem julgamento de mérito – descabimento – existência de interesse processual – teoria da asserção – necessidade de instrução processual – desfazimento da sentença.....159.

Ação ordinária de cobrança – inexistência de prévia impugnação aos cálculos apresentados pelo credor – óbice para interposição do recurso – preclusão – não ocorrência – interesse recursal configurado – mérito – inexatidão material configurada – substituição da expressão "extinguindo o processo com julgamento do mérito" por "havendo resolução do mérito".....95/97.

Acidente de trânsito – atropelamento que resultou a morte de menor – responsabilidade civil objetiva do condutor do veículo atropelador – não comprovação – culpa exclusiva da vítima – ausência de comprovação dos fatos, do dano e do nexo de causalidade – inexistência do dever de indenizar.....168/169.

Agravo retido – interposição contra decisão interlocutória que determinou o julgamento antecipado da lide – fatos controvertidos que exigem a produção de provas – cerceamento de defesa configurado – sentença anulada.....240/241.

Atropelamento fatal – paciente psiquiátrico – ônibus de transporte urbano – ausência de comprovação de conduta culposa do condutor do veículo – culpa exclusiva da vítima – excludente de ilicitude civil – configuração da responsabilidade do hospital psiquiátrico – culpa *in vigilando* e nexo causal com o dano – caracterização.....73.

Cadastro de proteção ao crédito – inscrição indevida – dano moral gerado – honorários advocatícios – fixação sobre o valor da causa – modificação da incidência sobre o valor da condenação – Art. 20,§ 3º, do CPC.....198.

Concurso público – aprovação dentro do número de vagas – nomeação – direito subjetivo – ato vinculado da administração – ofensa a princípios administrativos e constitucionais – controle judicial – cabimento – ilegalidade configurada.....212/213.

Concurso público – exame médico extemporâneo – emissão do laudo pelo laboratório após o prazo editalício – culpa não atribuível à candidata apelada – reintegração ao certame para participar de curso de formação – princípios da proporcionalidade e razoabilidade – ponderação dos interesses.....28/29.

Concurso público – teste físico – reprovação – participação em curso de formação – provimento liminar de caráter precário – teoria do fato consumado – inaplicabilidade – aceitação das regras editalícias.....231/232.

Consórcio – falecimento de consorciada – causa estipulada no contrato de adesão como uma das causas de quitação do saldo devedor – ação ordinária com fito de obtenção de carta de crédito – perda do objeto do recurso em razão do termo final do contrato.....164.

Contrato de compra e venda – preliminares: de ilegitimidade passiva *ad causam* – máquinas e veículos – responsabilidade solidária do fornecedor e do fabricante – decadência – *dies a quo* do prazo é o dia da percepção do dano – inocorrência – existência de vícios ocultos comprovados – indenização por danos materiais devidos.....40/41.

Contrato de gaveta – correção do polo passivo – litisconsórcio necessário – devolução de valores como condição para exercer a posse do imóvel – descabimento – sentença *ultra petita* – ressarcimento da instituição financeira a título de perdas e danos – impossibilidade ….....88/89.

Contrato de promessa de compra e venda – celebração entre incorporadora e particulares - ação de rescisão – veiculação de notícia, no curso do contrato, dando conta de que alguns apartamentos da construtora iriam à leilão – situação contornada pela empresa, logrando medidas suspensivas no âmbito judicial – enviado cartas aos clientes – inadimplência dos promitentes compradores supostamente motivada na *exceptio non adimplendi contractus* – inviabilidade – empreendimento entregue no prazo contratual – impossibilidade – devolução dos valores pagos – possibilidade, deduzidas as perdas e danos.....178.

Contrato de transporte – responsabilidade pelo pagamento do frete – inexistência de disposição contratual a respeito da matéria – dever do remetente.....151.

Contratos bancários – ação revisional de cláusulas – aplicação das regras contidas

no CDC – avença firmada após a edição da MP nº 1963-17/00 – incidência da Súmula 121, do STF – cobrança de comissão de permanência com outros encargos incidentes sobre o inadimplemento – invalidade.....142.

Dação em pagamento – substituição de objeto devido, uma dívida, por bens imóveis – desnecessidade de se perquirir sobre a valoração dos bens em testilha e sim sobre o aceite de tais bens no pagamento da referida dívida – apuração de valores indeferida – expediente desnecessário.....221.

Ettusa do Município de Fortaleza – fixação de normas complementares para efeito de padronização dos veículos de transporte urbano alternativo – exorbitância dos limites fixados na Lei Municipal nº 8.060/1997, e no Dec. Municipal nº 10.222/1997 – vício de ilegalidade confirmado – multa por descumprimento de decisão liminar – redução – valor desproporcional em relação ao valor econômico da demanda.....130/131.

IPTU – tributo não alcançado pela isenção – alegação negativa de posse do imóvel à época da exação – não comprovação – prescrição ocorrida antes da propositura da ação – decretação de ofício – inteligência da Súmula 409, do STJ.....81.

Legitimidade *ad causam* – condição da ação que se confunde com o próprio mérito – necessidade de análise conjunta – ilegitimidade das partes que não é manifesta – existência de diversos indícios de que tanto o recorrido quanto o recorrente possuem legitimidade para atuar na demanda – imprescindível a realização de audiência de instrução na primeira instância.....174.

Lei de locações – ação revisional de aluguel – valor cobrado pela locação defasado – arbitramento de aluguel provisório – mandado de citação em desacordo com o Art. 277, do CPC, acarretando prejuízos para o réu – nulidade insanável.....147/148.

Locação – embargos à execução – aluguéis e encargos – impugnação às taxas de condomínio e multa – incidência da multa contratual – possibilidade diante da previsão contratual – cobrança devida.....155.

Multa de trânsito – dupla notificação – ausência – cometimento das infrações de trânsito e sobre as aplicações das penalidades respectivas – não oferecimento de oportunidade de exercitar o direito constitucional à ampla defesa e ao contraditório – violação ao Art. 282, § 2º, do CTB e ao Art. 5º, LV, da CF – nulidade do ato administrativo.....218.

Reivindicatória – exceção de usucapião alegada como matéria de defesa – ausência de

requisitos – não comprovação da prescrição aquisitiva – omissão da sentença em analisar todas as provas – possibilidade do 2º grau – documento revestido de legalidade que comprove o domínio do imóvel enseja imissão na posse.....203.

Retenção de carteira nacional de habilitação – Art. 165, do Código de Trânsito Brasileiro – medida administrativa destituída do caráter punitivo de que se reveste a penalidade de suspensão do direito de dirigir – aplicação da medida sem prévio processo administrativo – inocorrência de afronta ao devido processo legal.....23.

Seguro de vida – renovação automática e sucessiva – propostas de ajustes extremamente onerosas ao segurado – incongruência da alteração unilateral – configuração de prática abusiva – inobservância dos princípios da boa fé, lealdade e função social do contrato – manutenção do contrato nas mesmas bases originárias.....124/125.

Seguro saúde – transplante hepático não autorizado em razão da natureza de reembolso do contrato avençado – impossibilidade de antecipação das despesas médico-hospitalares pelo consumidor – interpretação literal de cláusulas contratuais – desarrazoabilidade – afronta aos princípios da boa-fé objetiva e da dignidade da pessoa humana – inteligência do Art. 47, do CDC – possibilidade de transmissão da indenização por danos morais aos sucessores do segurado.....60/61.

Servidor municipal – princípio da isonomia – paradigmas apontados em situação diversa – equiparação vencimental – efeitos da coisa julgada em processo diverso – impossibilidade – vinculação dos vencimentos ao salário mínimo – vedação – Súmula 339 e da Súmula Vinculante 4, do STF.....187/188.

Servidor público – incorporação de vantagem pessoal – Art. 2º da Lei nº 11.171/1986 – alteração da natureza originária da vantagem transnudando-a em vencimento – impossibilidade – garantia de tratamento equivalente ao vencimento base – incidência dos aumentos lineares concedidos aos servidores públicos estaduais.....15.

Sistema financeiro da habitação – tabela Price – impossibilidade – anatocismo -TR – inaplicabilidade por não constituir índice de correção monetária – substituição pelo plano de equivalência salarial (PES) – possibilidade – direito social à moradia.....48/49.

União estável – ação declaratória – conteúdo probatório capaz de refletir situação real de convivência permanente – nascimento de filhos – entidade familiar – sucumbência – parte vencida beneficiária da justiça gratuita - condenação em custas e honorários advocatícios, com suspensão de sua cobrança, no prazo de cinco anos.....85.

AGRAVO DE INSTRUMENTO

Ação de manutenção de posse – concessão de liminar – demonstração pelo autor que se encontra na posse do bem, conforme declarações, e a data da turbação, inferior a um ano e dia, através de boletim de ocorrência – presença dos requisitos autorizadores da liminar concedida.....247.

Concurso público – limite de idade utilizado para indeferir inscrição em curso de formação – ilegalidade – impossibilidade de prejudicar a agravada pela demora injustificada da administração – princípio da proporcionalidade – requisito da verossimilhança do direito atendido.....297.

Denunciação à lide – tabeliã de ofício de notas em cujo cartório foi lavrada escritura pública de compra e venda – processo principal no qual se busca apurar fraude na referida compra e venda – possibilidade de intervenção de terceiro – os oficiais e notários tem responsabilidade pelos danos que eles e seus prepostos causem a terceiros – inteligência da Lei nº 8.935/94 e do Art. 70, III, do CPC.....252/253.

Empréstimo consignado – limitação dos descontos em folha de pagamento – previsão legal – equilíbrio entre os objetivos do contrato e a natureza alimentar do salário – suspensão dos descontos – possibilidade.....275.

Exceção de incompetência - tempestividade – ciência inequívoca do processo, pelo agravante, quando se deu por citado, por ocasião da oferta de sua contestação em ação de manutenção de posse – distribuição por prevenção – nulidade do ato – ação reivindicatória, que ocasionara a prevenção, já havia transitado em julgado – inteligência da Súmula 235, do STJ – existência de ação de usucapião tendente a prevenir o juízo – redistribuição e nulidade dos atos decisórios.....280/281.

Execução extrajudicial – exceção de pré-executividade – defesa incidental que depende de prova documental irrefragável pré-constituída – complexidade da matéria a ser utilizada como defesa do agravante – necessidade de ampla instrução probatória – prejudicialidade.....285.

Exibição de documentos – imposição de multa em caso de descumprimento – impossibilidade – Súmula 372, do STJ – capitalização mensal de juros em cédulas de crédito comercial – possibilidade, desde que expressamente pactuada.....259.

Fornecimento de medicação de alto custo – paciente carente portador de câncer – litisconsórcio passivo necessário entre a União, o Estado do Ceará e

o Município de Fortaleza – direito à saúde e a vida digna – objeção da reserva do possível com base em conjecturas – improcedência.....267.

Fornecimento de medicamentos – moléstia grave – câncer – risco de morte – dever de ordem constitucional – direitos indisponíveis – que devem ser resguardados – antecipação de tutela.....294.

Guarda – declarações da menor favoráveis à convivência com a mãe – criança que sempre morou na casa materna – restabelecimento da guarda da genitora até decisão definitiva sobre a matéria.....290.

Nomeação de inventariante – obediência à ordem legal – preferência do herdeiro que se acha na posse e administração do espólio – aplicação do Art. 990, II, do CPC.....302.

Pensão alimentícia – restabelecimento – ausência de fundamentação – requisito indispensável para saber que razões levaram o julgador, dentro de seu livre convencimento motivado, a decidir a querela – ofensa ao Art. 93, IX, da CF – inviabilização do exercício do amplo direito de defesa.....271.

Seleção pública para professor substituto – ação civil pública – deferimento de liminar determinando a imediata suspensão do concurso – decisão suspensiva proferida pela presidência da corte – perda superveniente do interesse recursal.....265.

MANDADO DE SEGURANÇA

Assistente ministerial – concurso público – candidata classificada – convocação mediante telegrama – regra editalícia – inobservância – ônus da prova – ato de nomeação – publicação no Diário da Justiça – não comparecimento para posse – princípios da publicidade, razoabilidade e da vinculação ao edital – violação – preterição e quebra da ordem classificatória – demonstração – direito líquido e certo evidenciado.....322.

Concurso público – cargo de professor – prova de títulos – exigência editalícia de apresentação do diploma de conclusão de curso para aferimento de pontuação – impossibilidade de apresentação do diploma, ante a demora na sua expedição pela universidade – apresentação de certidão de conclusão do curso – documento razoável – não cabimento da recusa da autoridade coatora em considerá-lo – princípio da razoabilidade.....318.

Concurso público – soldado da PMCe – procedimento de investigação social e funcional – existência de registro de crime em nome do impetrante – eliminação de candidato – preliminar de falta de interesse superveniente – mandado impetrado após a realização

da prova objetiva do curso de formação – exaurimento e homologação do certame antes da apreciação do pedido – perda do objeto por superveniência.....309.

ICMS – apreensão de mercadorias pelo fisco com objetivo de compelir o contribuinte ao pagamento do tributo – sanção política – impossibilidade – Súmula nº 323, do STF em combinação com o enunciado nº 31 da Súmula do TJCe.....327.

Remuneração de servidor público – *quantum* inferior a um salário mínimo – impossibilidade – incidência da Súmula vinculante nº 16, do pretório excelso – aplicação no caso concreto do princípio da dignidade da pessoa humana.....315.

JURISPRUDÊNCIA CRIMINAL

APELAÇÃO CRIME

Acidente de trânsito – Art. 302, do CNT – colisão fatal – pena alternativa de multa – destinação ilegal – Art. 49, CPB.....337

Estupro – condenação a doze anos de reclusão – regime integralmente fechado – suposta ineficácia e insuficiência do conjunto probatório para ensejar a condenação – impossibilidade – conjunto probatório suficientemente coeso – alteração *ex officio* do regime prisional para inicialmente fechado.....357.

Furto simples – sentença condenatória – pedido de reforma da decisão, ante o princípio da insignificância – impossibilidade de acolhimento – autoria e materialidade demonstradas.....340.

Latrocínio – arguição de nulidade – inobservância dos Arts. 59 e 68 do CP – inexistência – ausência de provas – não demonstração – materialidade e autoria presentes.....347.

Porte ilegal de arma de fogo – prisão em flagrante – apreensão de pistola 765, numeração raspada, municiada – delito de mera conduta – sentença condenatória – autoria e materialidade – comprovação – absolvição inviável.....343.

Tentativa de estupro e lesões corporais – autoria de crime sexual comprovada pelas declarações da vítima e de uma testemunha – salientes evidências da autoria e materialidade – extinção da penalidade do agente em relação ao crime de lesão corporal por haver transcorrido o prazo prescricional.....361.

Tribunal do Júri – anulação de julgamento – decisão manifestamente contrária à prova dos autos – inocorrência – versão acolhida pelos jurados devidamente comprovada no processo.....352.

HABEAS CORPUS

Execução penal – alegação de constrangimento ilegal – progressão ao regime semiaberto – cumprimento da reprimenda em condições inadequadas – constrangimento evidenciado – admitida a prisão domiciliar, no caso de inexistência de casa de albergado, até o surgimento de vaga em estabelecimento adequado.....365.

Homicídio qualificado - alegação de constrangimento pelo excesso de prazo no oferecimento da denúncia – réu preso há seis meses – questão não analisada na instância ordinária – inviabilidade de apreciação pela corte – supressão de instância – constrangimento ilegal manifesto e injustificável – excepcionalidade da medida – ordem concedida.....377.

Homicídio qualificado – alegação de estar prescrita a pena de doze anos imposta ao paciente – menoridade relativa do réu ao tempo do crime – prazo prescricional aplicável de oito anos – trânsito em julgado do acórdão que confirmou a sentença condenatória – extinção da punibilidade – inteligência dos Arts. 109, II, c/c 115, e 110, c/c 112, I, do Código Penal, e ainda, Art. 61, do CPP.....370/371.

Lesão corporal culposa na direção de veículo automotor – crime apenado com detenção – a prisão preventiva só se justifica se concorrerem os requisitos previstos no Art. 313, CPP – inexistência – soltura da paciente, condicionando-a a seu comparecimento à audiência.....383.

Violência doméstica – Lei nº 11.340/2006 (Lei Maria da Penha) – prisão preventiva – a liberdade do paciente representa constante ameaça à ordem pública – sucessivas agressões à sua mulher – proteção cautelar concedida.....380.

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.....393.

Homicídio qualificado – sentença de pronúncia – ausência de provas de autoria – absolvição – impossibilidade – acervo probatório – indícios de autoria – juízo de admissibilidade – requisitos do Art. 413, do CPP –

exame meritório – competência do Tribunal do Júri.....397.

Prisão preventiva – decretação – indeferimento pelo juízo *a quo* – concessão de liberdade provisória – ausência dos requisitos estatuídos no Art. 312, do CPP – inexistência de prova da materialidade e indícios de autoria – inconformismo ministerial – improvimento.....402.

Pronúncia – homicídio qualificado – exclusão de qualificadoras – impossibilidade – juízo de admissibilidade – requisitos do Art. 413, CPP – exame meritório – atribuição constitucional do Tribunal do Júri.....387.



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, Abril de 2012.